uf
lichen
ches
ne
ltnisse

J. germ
1512 b = (3, 2

Entwurf

<36602712970016
<36602712970016
Bayer. Staatsbibliothek

I. germ. b 1512-63

Entwurf

Motive zu dem Entwurfe

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das

Deutsche Reich.

Band II.

Recht der Schuldverhältnisse.

Amtliche Ausgabe.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1888.

76391

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin und Leipzig.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich

nebst den

auf den Civilprozeß bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungs-gesetzes und den Einführungsgesetzen.

Von

Dr. J. Struckmann, Oberlandesgerichts-Präsident, und **Dr. R. Koch,** Vize-Präsident des Reichsbankdirektoriums.

Fünfte, vermehrte und verbesserte Auflage.

Lex. 8°. 21 M, gebunden 23 M 50 ₰.

Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich

nebst dem

Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze.

Mit Kommentar

von

Dr. E. Löwe,

Geheimer Ober-Justizrath und vortragender Rath im Königlich Preußischen Justizministerium.

Fünfte, verbesserte und vermehrte Auflage.

Lex. 8°. 18 M, gebunden 20 M 50 ₰.

Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

Mit Kommentar herausgegeben

von

H. Makower,

Rechtsanwalt und Notar.

Neunte, vermehrte und verbesserte Auflage.

Mit einem Nachtrag:

Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884.

Lex. 8°. 16 M 50 ₰, gebunden 18 M 50 ₰.

Dr. C. F. Koch's

Formularbuch und Notariatsrecht für den Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts.

Zum Gebrauche für Richter, Notare, Rechtsanwälte und Referendare.

Neu bearbeitet von

Hermann Jastrow,

Richter am Königlichen Amtsgericht I zu Berlin.

Neunte Auflage. gr. 8°. 10 M, gebunden 12 M

Motive zu dem Entwurfe

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das

Deutsche Reich.

Band II.

Recht der Schuldverhältnisse.

Amtliche Ausgabe.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1888.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Einleitung.

Der Entwurf gebraucht den Ausdruck „Schuldverhältniß" zur Bezeichnung desjenigen Rechtsverhältnisses, welches im Anschlusse an das römische Recht von den Juristen Obligation genannt zu werden pflegt. Hiermit ist unter Vermeidung des Fremdwortes nach dem Vorgange des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für Bayern und des dresdener Entwurfes eine das gesammte obligatorische Verhältniß, Forderungsrecht und entsprechende Verbindlichkeit, möglichst deckende Bezeichnung gewählt.

Das zweite Buch enthält im ersten Abschnitte die Rechtsnormen für alle Schuldverhältnisse im Allgemeinen (§§ 206—341), im zweiten Abschnitte die Rechtsnormen für Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden (Vertrag und einseitiges Versprechen), und zwar im ersten Titel die allgemeinen Vorschriften (§§ 342—436), in den folgenden Titeln (2—20) die Vorschriften für einzelne Rechtsgeschäfte (§§ 437—703), im dritten Abschnitte die Rechtsnormen für Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen überhaupt (1. Titel, §§ 704—721) und für einzelne unerlaubte Handlungen (2. Titel, §§ 722 bis 736), in einem vierten Abschnitte endlich die Rechtsnormen für gewisse Schuldverhältnisse „aus anderen Gründen", nämlich aus ungerechtfertigter Bereicherung (Konditionen, 1. Titel, §§ 737—748), aus Geschäftsführung ohne Auftrag (2. Titel, §§ 749—761), Gemeinschaft (3. Titel, §§ 762—773), Vorlegung und Offenbarung (4. Titel, §§ 774—777)[1]. Doktrinär und überflüssig wäre die Vorausschickung des allgemeinen Satzes, daß Schuldverhältnisse nicht nur aus Verträgen, bezw. aus einseitigem Versprechen (§§ 342, 343) und aus unerlaubten Handlungen, sondern kraft Gesetzes auch aus anderen Thatsachen entspringen können[2]. Nirgends ist bestimmt, daß es andere Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen außer den erstgenannten nicht gebe, wohl aber sind, wie gezeigt, im speziellen Theile des Obligationenrechtes einige Schuld-

[1]) S. die dem Entwurfe vorgedruckte Uebersicht.

[2]) Vergl. bayr. Entw. II Art. 4; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen (sog. hess. Entw.) IV, 1 Art. 41.

verhältnisse, welche einen anderen Entstehungsgrund haben, besonders geregelt. Allgemeine Vorschriften über diese Schuldverhältnisse, wie solche für Verträge und einseitiges Versprechen und für unerlaubte Handlungen aufgestellt sind, lassen sich, abgesehen von den im ersten Abschnitte enthaltenen, nicht aufstellen. Eine wichtige Materie, die actio Pauliana, ist, als in den Bereich der Spezialgesetzgebung bezw. der Konkursordnung gehörig, von der Regelung durch das bürgerliche Gesetzbuch ausgeschieden worden[1]). Auch in dem mit einzelnen Rechtsgeschäften sich befassenden Theile des Entwurfes sind selbstverständlich nicht alle denkbaren Verträge normirt. Dies wäre bei der Vielgestaltigkeit der Verkehrsbeziehungen an sich unmöglich. Vermöge des Prinzipes der Vertragsfreiheit, von welchem das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht wird, können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen, soweit nicht allgemeine oder bestimmte einzelne absolute Gesetzesvorschriften entgegenstehen, (z. B. §§ 106, 107, 344 ff., 295 Abs. 2, 683). Fehlt es für das in concreto vereinbarte obligatorische Rechtsverhältniß an einer dasselbe unmittelbar deckenden Norm im Gesetzbuche, so muß, in Ermangelung spezieller Regelung durch die Parteien, die Analogie Platz greifen. Von den in den modernen Kodifikationen gewöhnlich behandelten rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen sind überdies einzelne (z. B. Viehverstellung, Verwaltungsvertrag, Trödelvertrag) als keiner besonderen Regelung bedürftig, übergangen, worüber geeigneten Ortes das Nöthige bemerkt ist; inwieweit andere als nicht in den Bereich des bürgerlichen Gesetzbuches gehörig ausscheiden, wird das Einführungsgesetz ergeben.

Der Entwurf enthält sich einer Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses (vergl. preuß. A. L. R. I, 2 §§ 122, 123, österr. G. B. §§ 307, 859, sächs. G. B. §§ 662, 664, hess. Entw. Art. 1—4, bayr. Entw. Art. 1, dresd. Entw. Art. 2, code civil Art. 1101). Eine solche aufzustellen ist nicht Sache des Gesetzes, bleibt vielmehr der Wissenschaft überlassen. Es wäre höchst gefährlich, durch einen gesetzlichen Ausspruch dem über den Begriff und das Wesen des Schuldverhältnisses in der Wissenschaft bestehenden Streite vorzugreifen. Soweit nöthig, muß sich die Auffassung des Entwurfes aus dessen Vorschriften ergeben. Insbesondere nimmt der Entwurf zu der Streitfrage über die Bedeutung des Zweckes bei der Obligation nicht Stellung und löst auch die Frage nicht, ob eine Abschwächung der Schuldverhältnisse durch Vereinbarung der Haftung des Schuldners nur mit einem Theile seines Vermögens oder mit einzelnen zu demselben gehörenden Sachen wirksam herbeigeführt werden könne. Außer Zweifel steht, daß durch das Schuldverhältniß nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in demselben stehenden Parteien begründet werden, der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Leistung, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners zur Bewirkung der Leistung (§ 206). Ueber die Personen des Gläubigers und des Schuldners greift die Wirkung des Schuldverhältnisses an sich nicht hinaus. Das persönliche Recht des Gläubigers steht zumal nie dem Erwerbe des Rechtes, welches

---

[1]) Konk. O. §§ 22—34, R. Ges. vom 21. Juli 1879.

ihm durch die Leistung des Schuldners verschafft werden soll, durch einen Dritten entgegen, mag dieser Dritte auch zur Zeit des Erwerbes jenes persönliche Rechte gekannt haben (kein jus ad rem); noch weniger wird durch das Bestehen des persönlichen Rechtes des Gläubigers die Realisirung des persönlichen Rechtes eines anderen Gläubigers auf Leistung eben desselben Gegenstandes seitens desselben Schuldners oder eines Dritten gehindert oder beeinflußt. — In einer wichtigen Frage nimmt der Entwurf dagegen in Ansehung der Erfordernisse des Schuldverhältnisses entschieden Stellung. Ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers gehört nach seiner Auffassung nicht zum Wesen der Obligation. Die Wirksamkeit des Schuldverhältnisses kann auch damit nicht bekämpft werden, daß der Gläubiger kein anderes schutzwürdiges Interesse an der Leistung habe, vorbehaltlich der Prüfung, ob in den betreffenden Fällen ein rechtlicher Verpflichtungswille anzunehmen ist, und unbeschadet der Vorschriften über die Hinfälligkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung. Mit der Anerkennung dieses Grundsatzes (§ 206) stellt sich der Entwurf auf den Boden der neueren Rechtsentwickelung, deren Resultate insoweit als richtig anerkannt werden müssen, und kommt den nicht abzuweisenden Anforderungen des modernen Verkehres entgegen. Jedoch ist der Entwurf nicht so weit gegangen, allgemein auch die Forderung einer Entschädigung wegen eines anderen als eines Vermögensschadens zuzulassen (vergl. §§ 221, 728, 734, 735, 736). Bei rechtsgeschäftlichen Obligationen ist der Gläubiger zur Sicherung seines nicht vermögensrechtliches Interesses auf die Sicherung durch Konventionalstrafe verwiesen.

Ein anderer großer Grundsatz, welcher den Entwurf beherrscht, ist der Grundsatz der Unabhängigkeit des sogenannten dinglichen Rechtsgeschäftes von der obligatorischen causa. Ist jenes Rechtsgeschäft selbst in gültiger Weise vollzogen, so ist es gültig und wirksam, auch wenn der Rechtsgrund, aus welchem die Verpflichtung zur Vornahme des Rechtsgeschäftes (z. B. des Forderungserlasses, der Zession, Tradition, Auflassung) abgeleitet wurde, nicht bestanden hat oder ungültig war oder die Parteien verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben. Die Rückgängigmachung der Wirkungen des dinglichen Rechtsgeschäftes kann nur nach Maßgabe der Vorschriften über Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 737—748) gefordert werden, also im Wege des persönlichen Anspruches. Der Grundsatz selbst ist hier hervorzuheben, nicht blos weil er im zweiten Buche an verschiedenen Stellen ausgesprochen ist (§§ 290, 294 Abs. 2, § 684; vgl. §§ 829, 874 Abs. 1, §§ 983, 1147), sondern auch, weil aus der Anerkennung und strengen Durchführung des Grundsatzes die Vorschriften über die Kondiktionen ihre besondere, den gesammten Vermögensverkehr beherrschende und durchziehende Bedeutung erhalten.

Unter Schuldverhältniß ist grundsätzlich die klagbare Obligation, ein Schuldverhältniß, bei welchem die Erfüllung der Verbindlichkeit erzwingbar ist, verstanden. Nur in wenigen Fällen erkennt der Entwurf das Bestehen einer unvollkommenen Obligation an, indem durch positive Bestimmung eine Obligation, welche nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein würde, nur in unvollkommener Weise reprobirt ist (Spiel- und Wettvertrag, §§ 664, 665), eine

Sittlichkeitspflicht nur in unvollkommener Weise als Rechtspflicht anerkannt (§ 1500)[1]), an die Verjährung die nicht vollkommene Aufhebung des Schuldverhältnisses geknüpft ist (§ 182 Abs. 2). Der Entwurf stellt hiernach keine allgemeine Regel über unvollkommene Obligationen auf und vermeidet auch den Ausdruck unvollkommene oder natürliche Obligation. Insbesondere ist der Grundsatz, daß aus der Ethik, dem Naturrechte oder dem allgemeinen Rechtsbewußtsein eine unvollkommene Obligation (mit soluti retentio) herzuleiten sei, nicht anerkannt.

Die allgemeinen Rechtsnormen des zweiten Buches gelten, wie schließlich bemerkt werden mag, im Allgemeinen auch für diejenigen Obligationen, welche in sachenrechtlichen, familienrechtlichen, erbrechtlichen Verhältnissen entspringen und im Sachenrechte, Familienrechte und Erbrechte geregelt sind. Sie finden aber auch, wie zum dritten Buche geeigneten Ortes nachgewiesen ist, im Allgemeinen Anwendung auf solche Ansprüche auf eine Leistung, welche lediglich auf einem dinglichen Rechte beruhen und einem dinglich Berechtigten als solchem zustehen.

[1]) Auf ähnlichen Erwägungen beruhen die besonderen Vorschriften in Ansehung von Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden, in den § 1353 Abs. 3, §§ 1503, 1661, 1839, 1952 Abs. 3, § 2018.

Erster Abschnitt.

Schuldverhältnisse im Allgemeinen.

Erster Titel.

Gegenstand der Schuldverhältnisse.

§ 206.

Im § 206 ist über den Gegenstand der Schuldverhältnisse im Allgemeinen bestimmt. Hieran reihen sich die für Schuldverhältnisse mit besonders qualifizirtem Gegenstande erforderlichen allgemeinen Vorschriften (§§ 207—212, §§ 213, 214, §§ 215, 216, § 217, §§ 218–223). Als den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bezeichnet der Entwurf ein Thun oder Unterlassen des Schuldners [1]). Das Thun umfaßt im Sinne des Entwurfes auch das Geben, das Verschaffen des Eigenthumes oder eines sonstigen Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte, das Unterlassen auch das Dulden. Terminologisch gebraucht der Entwurf für den Gegenstand des Schuldverhältnisses, sei er hiernach positiv oder negativ oder in beiden Richtungen zugleich bestimmt, in Uebereinstimmung mit der modernen Rechtssprache den Ausdruck „Leistung“. Gegenstand eines jeden Schuldverhältnisses ist demgemäß die von dem Schuldner zu bewirkende Leistung und nur diese Leistung. Das obligatorische Recht des Gläubigers ergreift nicht darüber hinaus auch oder schon den speziellen Gegenstand (Sache oder Recht), welcher durch die Leistung demselben verschafft werden soll. Gegenstand Leistung.

Ein vermögensrechtliches Interesse gehört, wie in der Einleitung bemerkt ist, nach der Auffassung des Entwurfes nicht zum Wesen der Obligation. Dieser Standpunkt erhellt zur Genüge aus dem Mangel einer entgegenstehenden Bestimmung (vergl. § 221). Vermögensinteresse nicht erforderlich.

Der Entwurf giebt auch keine allgemeinen Vorschriften über die erforderliche Beschaffenheit der Leistung (Möglichkeit der Leistung, bes. dem Verkehre

---

[1]) Windscheid, Pand. § 252; preuß. A.L.R. I, 2 § 123 (geben, leisten, verstatten, unterlassen); österr. G.B. § 861 (gestatten, geben, thun, unterlassen); sächs. G.B. § 662 (Handlung und Unterlassung); schweizerisches Bundesgesetz über das Obligationenrecht (schweiz. Bd. Ges.) Art. 17 (Leistung). — Vergl. hierzu § 704 Abs. 1.

entzogene Gegenstände, Uebereinstimmung mit dem Gesetze oder den guten Sitten, nöthige Bestimmtheit der Leistung) und die dadurch bedingte Gültigkeit der Schuldverhältnisse. Es genügt an den speziellen Vorschriften für Verträge und Schuldverhältnisse aus einseitigem Versprechen (§§ 344—347, §§ 352 ff., §§ 342, 343) sowie für Verfügungen von Todeswegen (vergl. §§ 1849, 1853, 1886). Auf gesetzliche Obligationen würden derartige allgemeine Bestimmungen überhaupt nur ausnahmsweise passen, nämlich dann, wenn das Gesetz allgemein die Wiederherstellung eines früheren Zustandes oder die Herstellung eines Verhältnisses anordnet, der Zustand oder das Verhältniß aber im konkreten Falle verbots- oder sittenwidrig wäre. Es kann aber solchenfalls unmöglich angenommen werden, daß das Gesetz mit seiner allgemeinen Regel selbst etwas Verbots- oder Sittenwidriges habe anordnen wollen. Die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung hätte hiernach für gesetzliche Obligationen etwas Befremdendes und könnte leicht zu unrichtigen Konsequenzen führen.

§ 207.

Alternativobligation: In den §§ 207—212 normirt der Entwurf dasjenige Schuldverhältniß, welches auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet ist, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, die sämmtlichen Leistungen aber von Anfang an bis zu der Entscheidung, welche derselben wirklich zu bewirken ist, in obligatione sind (sog. Alternativobligation). Die mit der Alternativobligation bezüglich der schließlich zu bewirkenden Leistung zunächst verbundene Unbestimmtheit kann nicht blos den unmittelbaren Gegenstand der Leistung betreffen, sondern den Inhalt der Leistung überhaupt, einzelne Modalitäten derselben, z. B. Zeit oder Ort der Leistung. Die Beseitigung der Unbestimmtheit und die Fixirung des Schuldverhältnisses auf die eine der mehreren Leistungen erfolgt dem Wesen eines derartigen Schuldverhältnisses gemäß durch die Wahl des Schuldners oder des Gläubigers; die Wahl kann aber auch einem Dritten eingeräumt sein (§§ 207, 212). a) Wahlrecht des Schuldners, Indem der Entwurf das Wahlrecht dem Schuldner zuspricht, wenn nicht durch Gesetz (vergl. z. B. § 420) oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist, folgt er dem gemeinen Rechte wie der modernen Gesetzgebung[1]). Ein Bedürfniß, für den Kaufvertrag[2]) eine Ausnahme von dieser Regel festzusetzen, besteht nicht. Das Wahlrecht ist kein höchstpersönliches Recht, sondern geht als eine Qualität des Schuldverhältnisses auf seiner Rechtsnachfolger; die Rechtsnachfolger über. Dies ist heutzutage in der Wissenschaft, wie im geltenden Rechte anerkannt; ein Ausspruch im Gesetze kann deshalb entbehrt werden. Insbesondere hat das Wahlrecht des Schuldners auch derjenige, welcher durch Schuldübernahme (§§ 314, 315) an die Stelle des seitherigen Schuldners in das Schuldverhältniß als Schuldner eingetreten ist. Einer verschiedenen Beurtheilung unterliegt der Fall, wenn sich ein Dritter nur dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger desselben zu befriedigen. Der

[1]) Windscheid § 255 Note 4; preuß. A.L.R. I, 5 § 274; österr. G.B. § 906; code civil Art. 1190; sächs. G.B. §§ 697, 698; schweiz. Bd. Ges. Art. 82; hess. Entw. Art. 15, bayr. Entw. Art. 250, dresd. Entw. Art. 7.

[2]) Vergl. preuß. A L.R. I, 11 § 38.

Dritte kann solchenfalls zwar, wenn er den Gläubiger befriedigt, als Stellvertreter des Schuldners die ihm passend scheinende Leistung wählen, was gleichfalls nicht bestimmt zu werden braucht. Dagegen kann dem Dritten auf Grund jener Verpflichtung allein wohl nicht das Recht beigelegt werden, vor der Befriedigung das Wahlrecht des Schuldners nach Maßgabe des § 208 Abs. 1 mit bindender Wirkung, insbesondere auch dem Schuldner gegenüber, auszuüben.

§§ 208, 209.

Der Entwurf beruht auf dem Prinzipe, daß die dem Schuldner oder dem Gläubiger zustehende Wahl ein einseitiges, dem anderen Theile als Betheiligten gegenüber vorzunehmendes, in seiner Wirkung von der Akzeptation des letzteren unabhängiges, den Wählenden bindendes Rechtsgeschäft ist, welches keiner Form unterliegt und sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen kann. Ein jus variandi findet nicht statt (§ 208 Abs. 1, § 209 Satz 1, vergl. § 353 Abs. 2). Durch die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung der Wahl wird das Schuldverhältniß demgemäß auf die gewählte Leistung konzentrirt, und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses (§ 209 Satz 2). Mit der Annahme jenes Prinzipes weicht der Entwurf allerdings von dem röm. Rechte, nach der herrschenden Auffassung desselben, ab[1]), befindet sich dagegen in Uebereinstimmung mit dem überwiegenden Theile der modernen Kodifikationen[2]), sowie mit der Auffassung und dem Bedürfnisse des Verkehres, welcher eine Regelung der kritischen Frage erheischt, wodurch die Beschleunigung der Vereinfachung des Schuldverhältnisses gefördert und thunlichst bald Klarheit in das Schuldverhältniß gebracht wird. Nicht ausgeschlossen ist im konkreten Falle eine abweichende Bestimmung durch Rechtsgeschäft. Auf die Erklärung, bezw. Mittheilung der Wahl finden insbesondere die Bestimmungen der §§ 74—76 Anwendung. In § 208 Abs. 2 sind zur Abschneidung jedes Zweifels die häufigsten Fälle der stillschweigenden Erklärung der Wahl hervorgehoben (vergl. sächs. G. B. § 700, bayr. Entw. Art. 260 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 8). Die Anwendung des Grundsatzes auf den Fall, wenn der wahlberechtigte Gläubiger den Anspruch auf eine der geschuldeten Leistungen gerichtlich geltend macht, ergiebt sich von selbst.

b) Ausübung der Wahl

c) Wirkung;

Die Bindung des Wahlberechtigten durch seine Erklärung, d. h. die Unwiderruflichkeit der letzteren, setzt begrifflich voraus, daß er von seinem Wahlrechte unterrichtet gewesen; ohnedies wäre eine Wahl nicht vollzogen (vergl. § 431 Abs. 2). Hieraus und aus den Vorschriften über die Kondiktionen ergiebt sich auch die Beantwortung der Frage, ob, falls in Nichtkenntniß des Wahlrechtes oder des alternativen Karakters der Obligation geleistet worden ist, das Geleistete zurückgefordert, bezw. auf einen anderen alternativ geschuldeten Gegenstand zurückgegriffen werden kann.

d) Kenntniß des Wahlrechtes;

---

[1]) Windscheid § 255, 1 Nr. 3 Note 9.

[2]) Dernburg, preuß. Privatrecht II § 29 Noten 16, 21, § 28 Note 11; österr. G. B. § 906; sächs. G. B. § 699; bayr. Entw. Art. 260, 161; dresd. Entw. Art. 8, 9; siehe dagegen für das franz. R. bei Zachariä, franz. Civilrecht II § 300 Art. 8.

Die Entscheidung der Frage, in welcher Weise das Wahlrecht von dem wahlberechtigten Gläubiger oder Schuldner den Erben des anderen Theiles gegenüber auszuüben ist und welchen Einfluß es hat, wenn das Wahlrecht zunächst nur einem der Erben gegenüber ausgeübt wird, muß der Wissenschaft und Praxis an der Hand der maßgenden allgemeinen Grundsätze überlassen werden.

§ 210.

c) Verzug des Wahlberechtigten; Eine Verpflichtung des Wahlberechtigten, die Wahl vorzunehmen, besteht nicht. Auch geht nach der heutzutage herrschenden, auch in die Gesetzgebung übergegangenen Ansicht das Wahlrecht des Gläubigers oder Schuldners durch Verzug nicht verloren [1]). Es ist aber ein Weg zu eröffnen, auf welchem zunächst im Falle des Wahlrechtes des Schuldners, in Anpassung an die einschlagenden Bestimmungen der Civilprozeßordnung, ohne Benachtheiligung des Schuldners dem Gläubiger auf einfache und sichere Weise zur Befriedigung verholfen wird. Hieraus erklärt sich die Bestimmung des ersten Absatzes. Selbst durch die Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens wird das Wahlrecht des Schuldners noch nicht ausgeschlossen, somit insoweit durch den Entwurf gegen die für das gemeine Recht herrschende, auch von den neueren Entwürfen adoptirte Ansicht entschieden. In gleicher Weise hat der Entwurf im Falle des Verzuges des wahlberechtigten Gläubigers (§§ 254 ff.) dem Interesse beider Theile durch die Bestimmung (Abs. 2) Rechnung getragen, daß das Wahlrecht erst, wenn der Gläubiger es auf die an ihn ergangene Aufforderung des Schuldners binnen angemessener Frist nicht ausgeübt hat, auf den letzteren übergeht. Um dies zu bewirken, hat demgemäß der Schuldner nach dem Eintritte des Gläubigerverzuges von dem Gläubiger die Vollziehung der Wahl binnen einer von ihm dem Gläubiger zu bestimmenden angemessenen Frist zu verlangen. Aufforderung und Fristsetzung gehen von dem Schuldner direkt aus, ohne Anrufen des Gerichtes (vergl. §§ 243, 569, 1073). Erst wenn der Gläubiger die Thatsache der Aufforderung oder die Angemessenheit der Frist bestreitet, tritt hierüber die gerichtliche Entscheidung ein.

Die Bestimmung des § 210 greift auch Platz, wenn auf der wahlberechtigten Seite mehrere Personen stehen und diese sich über die zu treffende Wahl nicht einigen können. Sind mehrere wahlberechtigte Gläubiger vorhanden, so liegt eine Gemeinschaft vor und entscheiden unter ihnen über die Ausübung der Wahl die allgemeinen Vorschriften über die Gemeinschaft (§§ 763, 765, 772).

§ 211.

f) Konzentration, wenn eine der Leistungen α. durch Zufall unmöglich wird, In § 211 Abs. 1 ist für den Fall, daß eine oder einige der alternativ geschuldeten Leistungen zufolge eines von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden sind, das Konzentrationsprinzip ausgesprochen,

---

[1]) Windscheid, Pand. § 125 Note 12, § 255 Note 11, § 346 Note 10; Eccius, Preuß. Priv. R. Bd. I S. 386 Anm. 31; Siebenhaar, Kommentar zum sächs. G. B. § 700, II S. 35; hess. Entw. Art. 15 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 251, dresd. Entw. Art. 10; Entsch. des Reichsgerichtes in Civils. XII Nr. 46 S. 186.

wonach sich das Schuldverhältniß auf die übrigen, nicht unmöglich gewordenen Leistungen beschränkt, der Schuldner also nicht liberirt wird (§§ 237, 238, 241). Die Erfüllung bleibt möglich, so lange nur eine der mehreren Leistungen bewirkt werden kann; nur der Kreis der (vom Schuldner oder Gläubiger) zu wählenden Leistungen hat sich verringert. Hiermit weicht der Entwurf von dem preußischen Rechte ab, nach welchem die Wahl selbst als nicht mehr möglich gilt, wenn der Kreis der möglichen Leistungen sich durch einen Zufall verringert hat, dergestalt, daß der Wahlberechtigte nicht mehr gebunden, aber immer noch berechtigt ist, unter den verbleibenden Leistungen zu wählen (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 33—35, 37, Eccius I S. 386, II § 128 Anm. 11). Dagegen steht die Regel des Entwurfes in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und den übrigen modernen Kodifikationen[1]). Zufolge des Konzentrationsprinzipes kann der wahlberechtigte Schuldner sich auch nicht mit dem Werthe der unmöglich gewordenen Leistungen lösen (sächs. G. B. § 1012). Das Prinzip wird in den meisten Fällen dem Parteiwillen entsprechen. Die Bestimmung des Entwurfes ist nur dispositiv; die Möglichkeit einer abweichenden Vertragsbestimmung, welche insbesondere bei gegenseitigen Verträgen von Interesse ist, braucht im Gesetze nicht angedeutet zu werden.

β. von Anfang an unmöglich ist; Aus der Regel des § 211 Abs. 1 in Verbindung mit der Vorschrift des § 237 folgt, daß wenn sämmtliche alternativ geschuldete Leistungen durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden sind, der Schuldner liberirt wird (§ 368 Abs. 1; vergl. dresd. Entw. Art. 393 Abs. 2).

Auch für den Fall, wenn eine oder einige der alternativ geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich sind, stellt der Entwurf als Regel das Konzentrationsprinzip auf (vergl. § 345 Abs. 2). Für diesen Fall gilt dasselbe nach der herrschenden Auffassung auch im preuß. Rechte (A. L. R. I, 5 § 56; s. Eccius I S. 386 Anm. 29). Sind die sämmtlichen Leistungen von Anfang an unmöglich, so ist das Schuldverhältniß nichtig (§§ 343, 344, 1853, 1862).

Verschuldete Unmöglichkeit. Vorschriften über die verschiedenen Fälle, wenn eine oder einige oder sämmtliche der verschiedenen geschuldeten Leistungen durch ein Verschulden des Schuldners oder des Gläubigers oder wenn die eine durch ein solches Verschulden, andere durch Zufall unmöglich geworden sind[2]), giebt der Entwurf nach dem Vorgange des schweiz. Gesetzes nicht. Die Konsequenzen sind aus den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere aus dem Wahlprinzipe und dem Konzentrationsprinzipe in Verbindung mit den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung und die Verschuldung dabei, bezw. über unerlaubte Handlungen (vergl. §§. 144, 145, 224, 225, 237 ff., 250, 251, 252, 257, 368, 369, 704 ff.) zu ziehen. Wenn auch die richtige Entscheidung mitunter schwierig sein mag, so liegt darin für den Gesetzgeber noch kein Grund, der Wissenschaft durch positive Vorschriften vorzugreifen, zumal solche kasuistisch ausfallen müßten und

---

[1]) Code civil Art. 1193, Zachariä II § 300; sächs. G B. § 1012; hess. Entw. Art. 25, bayr. Entw. Art. 253, dresd. Entw. Art. 393 Abs. 1.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 33—37; sächs. G. B. §§ 722—727; hess. Entw. Art. 18—24, 26—28, bayr. Entw. Art. 254—257, dresd. Entw. Art. 279—282.

den Gegenstand doch kaum erschöpfen könnten. Es steht auch nicht zu befürchten, daß die Anwendung der allgemeinen Grundsätze Konsequenzen nach sich ziehen wird, welchen aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit entgegengetreten werden müßte. Der Entwurf begnügt sich daher mit einer Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften über das Verschulden (§ 211 Abs. 2).

§ 212.

Wahl eines Dritten.

Für den Fall, wenn die Wahl unter den mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen einem Dritten eingeräumt ist, stellt der Entwurf in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte (Windscheid § 255 Note 3, preuß. A. L. R. I, 5. §§ 72, 73, sächs. G. B. §§ 698, hess. Entw. Art. 14 Abs. 2, Art. 31, dresd. Entw. Art. 7, 11) die in der überwiegenden Zahl der Fälle der Intention eines derartigen Schuldverhältnisses entsprechende Regel auf, daß das Schuldverhältniß als ein durch die Wahl dieses Dritten, durch sein Wählenwollen oder Wählenkönnen, bedingtes gelte[1]). Die Bestimmung des § 212 Abs. 2, wonach die Wahl schon dann als vollzogen gilt, wenn der Dritte sie auch nur gegenüber dem Gläubiger oder dem Schuldner erklärt hat, verdient im Interresse der Wirksamkeit des Schuldverhältnisses, der Vereinfachung und der Beschleunigung der Entscheidung, den Vorzug vor der Vorschrift des sächs. G. B. § 699 (dresd. Entw. Art. 8), wonach der Dritte seine Wahl beiden Theilen zu erklären hat. Mit der Erklärung der Wahl ist die Bedingung eingetreten. Hieraus ergiebt sich die Unwiderruflichkeit der Wahl[2]). Die rechtliche Wirkung bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Wirkung des Eintrittes der einem Rechtsgeschäfte beigefügten Bedingung (§§ 128 ff.). Es gilt also diesfalls nicht die Regel des § 209 Satz 2 (vergl. § 128), wohl aber diejenige des § 134. — Ob das Konzentrationsprinzip des § 211 Abs. 1. auch für den Fall des § 212 anwendbar ist, hängt wesentlich von dem Sinne ab, in welchem die Wahl des Dritten als Bedingung gesetzt ist, insbes. also davon, ob der Sinn nicht der ist, daß die Wahl überhaupt, bezw. unter allen Leistungen, auf welche das Schuldverhältniß sich bezieht, möglich sei oder bleibe.

§§ 213, 214.

Generische Obligation: nur Sachobligation.

Die Vorschriften des Entwurfes (§§ 213, 214) haben nur die generische Sachobligation im Auge[3]). Generische Obligationen, deren Gegenstand eine Handlung ist (Windscheid §§ 255 Nr. 16, Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes, 2. Aufl., II S. 16), sind äußerst selten und haben einen so eigenthümlichen Karakter, daß sie sich nicht unter allgemeine Regeln subsumiren

---

[1]) Anders bei dem Wahlvermächtnisse gemäß § 1862.

[2]) § 356; vergl. sächs. G. B. § 699, hess. Entw. Art. 31, bayr. Entw. Art. 249, 262, dresd. Entw. Art. 9.

[3]) Ebenso das sächs. G. B. § 696, das schweiz. O. R. Art. 81, der dresd. Entw Art. 240, preuß. A. L. R. I, 5 § 275. „Nur der Gattung nach bestimmt" ist technisch zur Bezeichnung eines nur generisch bestimmten Leistungsgegenstandes (vergl. §§ 443, 444, 1777).

lassen, bei ihrer Beurtheilung vielmehr die besonderen Umstände des einzelnen Falles den Ausschlag geben müssen.

Die auch bei einer generischen Obligation zunächst bestehende Unbestimmtheit in Ansehung derjenigen Sache, welche wirklich geleistet werden soll, wird, ähnlich wie bei der alternativen Obligation, durch Auswahl gelöst, welche hier stattfindet aus der bezeichneten Gattung. Geschuldet wird zunächst die Leistung eines aus dem bezeichneten genus auszuwählenden Stückes, nicht eine einzelne hierzu gehörige Sache. Behufs der endlichen Erfüllung bedarf es also stets der Spezialisirung der dem Gläubiger zu leistenden Sache durch einen besonderen Akt.

Neben den generischen Obligationen, in denen die Bestimmung der Sache ganz allgemein erfolgt ohne Beziehung auf eine bestimmte Menge oder Zahl ꝛc., aus welcher die Leistung bewirkt werden soll, stehen im Verkehre die Fälle, in welchen Sachen aus einer bestimmten Menge oder Zahl ꝛc. (z. B. 10 Scheffel Roggen aus dem Roggenlager in einem gewissen Speicher, ein Schaf aus einer bestimmten Heerde), zu leisten sind. Der in der Theorie bestehende Streit über die richtige juristische Klassifizirung dieser gemischt generischen Obligationen[1]) konnte keinen Anlaß zu besonderen Bestimmungen rücksichtlich derselben abgeben. In der That bilden dieselben nicht eine besondere Klasse für sich, sondern gehören entweder zur Klasse der alternativen Obligationen oder zu derjenigen der generischen Obligationen. Die Entscheidung hierüber muß der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen werden, wobei vornehmlich die Prüfung der Frage von Wichtigkeit sein wird, ob im gegebenen Falle von den Betheiligten das Gewicht auf die in der näher bezeichneten Menge ꝛc. begriffenen Individuen gelegt worden ist, oder die Beschränkung auf die bestimmte Menge ꝛc. nur die Bestimmung einer besonderen Gattung bezweckte. Die allgemeine Fassung des Entwurfes in § 213 ermöglicht beim Zutreffen der letzteren Voraussetzung die Subsumtion des betreffenden Schuldverhältnisses unter die Vorschriften über generische Schuldverhältnisse. Nur für das gemischt generische Vermächtniß bestimmt der Entwurf (§ 1864) die Anwendbarkeit der Vorschriften über das Wahlvermächtniß (alternative Vermächtniß). Diese Bestimmung kommt der Intention des Erblassers entgegen; für den geschäftlichen Verkehr ist mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit desselben die Aufstellung einer solchen Regel nicht angängig. Gemischt generische Obligation.

Der Entwurf (§ 213) geht von dem Normalfalle aus, daß die Auswahl der zu leistenden Sache aus der Gattung dem Schuldner zusteht[2]), ohne der Frage vorzugreifen, ob bei einer generischen Obligation ohne Veränderung des Karakters derselben auch dem Gläubiger die Befugniß zur Auswahl des individuell zu leistenden Stückes eingeräumt werden kann. Die Entscheidung dieses eigenthümlichen Falles ist der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Auswahl des Schuldners.

---

[1]) Entscheidungen des vorm. R.O.H.G. XXIV Nr. 7, Windscheid § 255 Note 17, Goldschmidt a. a. O. II § 61.

[2]) Ebenso Dernburg, preuß. Priv. R. II § 28; sächs. G. B. § 696; schweiz. Bd. Ges. Art. 81; hess. Entw. Art. 32, 15, bayr. Entw. Art. 263 Abs. 2, 250, dresd. Entw. Art. 240.

Das gilt vorkommenden Falles besonders von der Frage, ob der wahlberechtigte Gläubiger in der Ausübung der Wahl vollkommen frei (§ 207) oder nach Maßgabe der Vorschrift in § 213 oder in anderer Weise beschränkt ist (vergl. §§ 353, 357). Voraussetzung ist übrigens in einem solchen Falle, daß das Schuldverhältniß trotz der Auswahlbefugniß des Berechtigten noch einen meßbaren Inhalt hat. Träfe dies nicht zu, so wäre das Schuldverhältniß wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes nichtig (§§ 352, 1847)[1].

unter Sachen mittlerer Art und Güte. Die Vorschrift, daß der Schuldner, in Ermangelung anderer Bestimmung, eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten hat, entspricht der heutigen Verkehrsanschauung, welche im modernen Rechte allgemein gesetzlichen Ausdruck gefunden hat[2]. Abweichend hiervon ist mit Rücksicht auf die muthmaßliche Willensmeinung des Erblassers für das generische Vermächtniß die Auswahl einer den Verhältnissen des Vermächtnißnehmers entsprechenden Sache vorgeschrieben (§ 1863).

Konkretisirung des Schuldverhältnisses. Die Frage, durch welchen Akt des Schuldners, bezw. in welchem Zeitpunkte die Konkretisirung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Spezies sich vollziehe, hat der Entwurf im Interesse der Rechtssicherheit wegen ihrer großen Wichtigkeit und der bestehenden Kontroverse[3]) durch die Vorschrift des § 214 Abs. 1 positiv im Sinne der Erfüllungstheorie entschieden. Hiernach gilt erst dann, wenn die Leistung durch die Uebergabe der ausgewählten Sache bewirkt und damit die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen ist (vergl. § 463 Abs. 1), die Auswahl als vollzogen. Die nicht abzuweisende innere Konsequenz wie die Billigkeit erheischen aber, der Erfüllung durch Uebergabe in dieser Richtung diejenigen Akte des Schuldners gleichzustellen, an welche in besonderen Fällen (vergl. § 257 Abs. 2, § 465) das Gesetz in Beziehung auf die vom Schuldner behufs der Erfüllung ausgewählte Spezies schon vor der Uebergabe an den Gläubiger den Uebergang der Gefahr auf letzteren knüpft. — Die vollzogene Wahl ist unwiderruflich, selbstverständlich ohne Präjudiz für das Recht des Gläubigers, gehörige Erfüllung der Verpflichtung zu verlangen.

Durch den die Spezialisirung involvirenden Akt wird das Schuldverhältniß auf die ausgewählte Sache beschränkt, jedoch nicht wie durch die Wahl bei der Alternativobligation (§ 209) mit rückwirkender Kraft, sondern von dem Zeitpunkte an, in welchem die Auswahl vollzogen ist.

§§ 215, 216.

Geldschuld. Die Geldschuld, d. h. die Verbindlichkeit, eine Geldsumme zu bezahlen, erfordert wegen ihrer Eigenthümlichkeit besondere Vorschriften. Zu solchen ist jedoch auf dem Boden des durch die Reichsmünzgesetzgebung eingeführten

---

[1]) Windscheid § 255 Note 19; Entscheidungen des vorm. R. O. H. G. XXIV Nr. 7.

[2]) Vgl. preuß. A. L. R. I, 5 § 275; code civil Art. 1246; sächs. G. B. § 696; schweiz. Bd. Ges. Art. 81; H. G. B. Art. 335; hess. Entw. Art. 32, bayr. Entw. Art. 263, dresd. Entw. Art. 240.

[3]) Vergl. Windscheid II § 255 Note 20, § 390 Note 8; Dernburg II § 28; Zachariä, franz. Civ. R. I § 180 S. 453, II § 349 Anm. 7a.

gesetzlichen Währungssystemes nur in sehr beschränktem Maße Raum und Bedürfniß.

Die Vorschriften des Entwurfes in den §§ 215, 216 beziehen sich nur auf im Inlande zahlbare Geldschulden, einschließlich der Zinsen aus einer Geldschuld. Handelt es sich um im Auslande zu erfüllende Geldschulden und steht demgemäß der Einfluß der betreffenden ausländischen Münzgesetzgebung in Frage, so kommen wesentlich Normen des internationalen Privatrechtes mit in Frage. Insbesondere vermeidet aus diesem Grunde der Entwurf, dasjenige als eine allgemeine Rechtsregel auszusprechen, was die Münzgesetze auszusprechen pflegen, daß nämlich bei Zahlungen, welche nach dem Rechte des betreffenden Staates beurtheilt werden, die gesetzmäßige Münze zu leisten sei. Für im Inlande zahlbare Geldschulden folgt andererseits schon aus dem eingeführten Währungssysteme, daß der Werth einer in Reichswährung ausgedrückten Schuld der Nennwerth ist und die Zahlung in Geld der Reichswährung zum Nennwerthe genommen werden muß. Aus dem unbedingten Annahmezwange ergiebt sich von selbst die Annahmepflicht zum Nennwerthe (Reichsmünzgesetz vom 13. Juli 1873 Art. 14 § 1). Dagegen erscheint die Vorschrift unerläßlich, daß auch eine in ausländischer, effektiver oder Rechnungs-Währung ausgedrückte Geldschuld, sofern sie im Inlande zahlbar ist, in Reichswährung zu bewirken ist, und daß solchenfalls für die erforderliche Umrechnung des Werthes der Geldschuld in Reichswährung der Kurswerth der bezeichneten ausländischen Währung am Orte und zur Zeit der Zahlung maßgebend ist, sofern die Parteien nicht ein anderes vereinbart haben. Dieses für den Verkehr äußerst wichtige Prinzip spricht der Entwurf in § 215 Abs. 1, 2 aus. Dasselbe Prinzip ist in Ansehung der Umrechnung entscheidend, wenn die im Inlande zahlbare Geldschuld in inländischer Währung ausgedrückt und dabei bestimmt ist, daß sie in ausländischer Währung zu zahlen sei. Hier muß behufs Zahlung in ausländischer Währung die in Reichswährung ausgedrückte Schuld erst in die ausländische Währung umgerechnet werden, wobei wiederum der Kurswerth zur Zeit und am Orte der Zahlung zu Grunde zu legen ist. Die Zahlung selbst muß in der ausländischen Währung erfolgen (Abs. 3). Durch diesen Modus für die Umrechnung (§ 215) wird bestimmt, wieviel der Gläubiger in der betreffenden Währung, in welcher die Zahlung zu erfolgen hat, nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses zu fordern berechtigt ist.

zahlbar a) im Auslande, b) im Inlande,

Die rechtsgeschäftliche Bestimmung, durch welche Zahlung in einer bestimmten inländischen oder ausländischen Münzsorte festgesetzt wird, ist, abgesehen von dem Einflusse eines Verbotsgesetzes gegen den Umlauf gewisser Münzsorten, rechtsgültig, mag die Bestimmung ausdrücklich oder stillschweigend getroffen sein, wenn sie nur in concreto feststeht (sächs. G. B. § 668; hess. Entw. Art. 228, bayr. Entw. Art. 88, dresd. Entw. Art. 247; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 781, 782, 785, 786, I, 16 §§ 78, 79, 83). Der Schuldner ist verpflichtet, in der bestimmten Münzsorte zu bezahlen (vergl. § 215 Abs. 3). Es liegt kein zureichender Grund vor, die Wirksamkeit einer solchen rechtsgeschäftlichen Bestimmung auf den Fall zu beschränken, wenn sie ausdrücklich durch den Gebrauch des Wortes „effektiv“ oder eines ähnlichen Zusatzes getroffen

c) in bestimmter Münzsorte.

ist; insbesondere haben die Vorschriften der W. O. Art. 37, des H. G. B. Art. 336 (vergl. schweiz. Bd. Ges. über das Obl. R. Art. 97 Abs. 2) einen anderen, nämlich den besonderen Fall im Auge, wenn eine ausländische Münzsorte bestimmt ist, welche nur am Zahlungsorte nicht im Umlaufe ist. Eine solche Bestimmung der Münzsorte, in welcher die Zahlung geleistet werden soll, ändert den Karakter der Schuld als Geldschuld nicht. Es liegt eine eigentliche Geldschuld vor, verbunden mit der Nebenbestimmung, wie gezahlt werden soll. Tritt Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung dieser Nebenbestimmung ein, so wird hierdurch der Bestand und das Wesen des Schuldverhältnisses selbst nicht geändert. Die Geldschuld bleibt bestehen; der nebensächliche Theil allein ist hinfällig geworden und es ist der Fall mithin so zu beurtheilen, wie wenn die Bestimmung überhaupt nicht getroffen wäre, gleichgültig, ob die bestimmte Münzsorte eine inländische oder eine ausländische war, und ob die Geldschuld selbst in Reichswährung oder in ausländischer Währung ausgedrückt ist. Das entscheidende Moment für die Annahme einer (zufälligen) Unmöglichkeit in Ansehung der Nebenbestimmung findet der Entwurf (§ 216) aber in dem Umstande, daß die bestimmte Münzsorte zur Zeit der Zahlung überhaupt, nicht etwa blos am Zahlungsorte, nicht mehr im Umlaufe ist, was regelmäßig davon abhängen wird, daß sie außer Kurs gesetzt oder verrufen wurde. Die Annahme der Unmöglichkeit nur in dem äußersten, kaum einmal vorkommenden oder zu beweisenden Falle, wenn die Münzsorte nicht mehr vorhanden ist, würde den Schuldner gegen den Sinn einer derartigen Geldschuld unbillig bedrücken und in der Praxis zu unannehmbaren Resultaten führen, während andererseits kein zureichender Grund vorliegt, den Schuldner von der Zahlung der noch im Umlaufe befindlichen Münzsorte schon dann zu entbinden, wenn sie nur mit unverhältnißmäßigen Kosten zu beschaffen ist (hess. Entw. Art. 290, bayr. Entw. Art. 88, dresd. Entw. Art. 247, sächs. G. B. § 668).

Leistung einer Quantität von einer bestimmten Geldsorte.

Ganz verschieden von dem in den §§ 215, 216 behandelten Falle ist derjenige, wo nicht die Zahlung einer Summe, sondern die Leistung einer gewissen Quantität (so und so viele Stücke) von einer bestimmten Geldsorte (genus) den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet. Hier handelt es sich um ein generisches Schuldverhältniß im eigentlichen Sinne. Die Aufnahme besonderer Bestimmungen über eine solche Schuld (vergl. sächs. G. B. § 670, hess. Entw. Art. 291, bayr. Entw. Art. 89, dresd. Entw. Art. 248, preuß. A. L. R. I, 11 § 783) erschien entbehrlich, andererseits auch nicht unbedenklich; insbesondere ist die Aufstellung einer durchgreifenden Regel für die Fälle, wenn das bestimmte genus nicht mehr vorhanden oder nicht mehr im Umlaufe ist, unthunlich. Die Entscheidung ist im einzelnen Falle nach den Umständen desselben an der Hand der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu treffen. Desgleichen erübrigt eine besondere Vorschrift für den Fall, wenn sich das Schuldverhältniß auf gewisse Geldstücke als individuelle Sachen bezieht.

Des Weiteren ist in Ansehung der eigentlichen Geldschuld eine Entscheidung des Falles entbehrlich, wenn der Gläubiger mit dem Schuldner die Inzahlungnahme nicht obligationsmäßigen Geldes (z. B. von Banknoten, Papiergeld) vereinbart, die Vereinbarung aber insofern unvollständig ist, als sie nicht ersehen läßt, zu welchem Werthe der Gläubiger annehmen will.

Gleichgültig ist hierbei, ob eine solche Zahlung an einem anderen Orte als dem ursprünglichen Erfüllungsorte geschieht, da die Betheiligten einmal die Erfüllung am Orte der geschehenen Leistung vor sich gehen lassen wollen, wobei nur möglicherweise der Gläubiger eine Entschädigung wegen der Leistung an einem anderen Orte sich vorbehalten kann. Bei der Ermittelung der Parteiabsicht hinsichtlich der Anrechnung wird in Rücksicht zu nehmen sein, daß das Gegebene dem Gläubiger als Mittel zur Erlangung der geschuldeten obligationsmäßigen Münze dienen soll. Der fragliche Kurswerth wird hiernach in Ermangelung eines besonderen Anhaltes für eine andere Auslegung nach dem Erfüllungsorte zur Zeit der Leistung zu bestimmen sein (vorbehaltlich des besonderen Falles einer Tarifirung: Reichsmünzgesetz Art. 13 Ziff. 2). Endlich ist auch keine Bestimmung für den Fall erforderlich, wenn in der Zeit zwischen der Schuldbegründung und derjenigen der Zahlung die Währung geändert ist, z. B. statt der ausländischen Silberwährung, in welcher gezahlt werden soll, die Goldwährung eingeführt wurde. Die Entscheidung ist, wenn der Fall bezüglich der Reichswährung eintreten sollte, dem betreffenden künftigen Reichsgesetze, in dem hervorgehobenen Falle der Wissenschaft und Praxis zu überlassen; ein dringendes Bedürfniß, die Frage für diesen Fall durch eine positive Vorschrift zu lösen, besteht nicht. — Desgleichen ist ein Bedürfniß, über die Zahlung mit Papiergeld und Banknoten besondere Vorschriften in das Gesetzbuch aufzunehmen, nicht vorhanden, indem die reichsgesetzlichen Vorschriften genügen.[1]

Papiergeld und Banknoten.

§ 217.

Zinspflicht: a) Höhe;

Die allgemeinen Vorschriften über Zinsen und die Verpflichtung zur Zinszahlung sind in dem Entwurfe je an den einschlägigen Stellen getroffen[2]. An diesem Orte ist über die Höhe der zu entrichtenden Zinsen für den Fall zu befinden, wenn die auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhende Zinspflicht feststeht, ohne daß die Höhe der zu entrichtenden Zinsen bestimmt ist (vergl. z. B. §§ 252, 427, 467, 573, 593, 717, 1073, 1697). Das Merkmal der Verzinslichkeit wird thatsächlich in der Regel nur bei Geldforderungen eintreten. Durch die allgemeine Fassung des § 217 ist jedoch, wenn einmal bei einer Schuld auf andere vertretbare Sachen Verzinslichkeit festgestellt wäre, die analoge Anwendung der Bestimmung hierauf nicht ausgeschlossen. Die von dem Entwurfe gegebene Regel, wonach in Ermangelung diesfallsiger Bestimmung 5 Prozent Zinsen pro Jahr zu entrichten sind, steht im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem zur Zeit bestehenden bürgerlichen Rechte.[3] Das Gesetz kann nur einen festen Zinsfuß aufstellen,

---

[1] R. Gesetze vom 16. Juni 1870 und 30. April 1874, Reichsmünzges. vom 13. Juli 1873 Art. 3, Reichsbankges. vom 14. März 1875.

[2] Vergl. z. B. § 358 (Vertragsfreiheit, Zinsbeschränkungen), § 157 Ziff. 4, §§ 183, 184 (Verjährung), §§ 248, 249, 445 (Verzugszinsen), § 259 (Verzug des Gläubigers), § 268 (Anrechnung einer Zahlung auf Zinsen), §§ 252, 593, 619, 717 (Zinsen als Schadenersatz), § 467 (Kaufpreisverzinsung), § 427 (Rücktritt vom Vertrage, Wandelung); vergl. auch §§ 792—794.

[3] Vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 83 Abs. 1.

welcher für alle in Betracht kommenden Fälle gilt, und hierbei auf das Schwanken des Kapitalmarktes keine Rücksicht nehmen. Der Zinsfuß ist zwar im geschäftlichen Verkehre seit geraumer Zeit gegen früher erheblich, jedenfalls unter 5 Prozent p. a., gesunken, und anscheinend keine Aussicht vorhanden, daß er sich in nächster Zeit wieder hebe. Andererseits fehlt es aber an bestimmten Anhaltspunkten dafür, daß der gegenwärtige niedere Zinsfuß ein bleibender sein oder auf so lange Zeit herrschen werde, daß das Gesetz an diesem Orte hiermit rechnen müßte. Es darf davon ausgegangen werden, daß wie erfahrungsmäßig in früheren Zeitperioden auf die Zeit des Niederganges des Zinsfußes eine solche des Aufschwunges folgen werde. Hiernach erscheint der angenommene Zinssatz von 5 Prozent auf das Jahr ein gerechtfertigter zu sein. Zudem ist es, zumal bei auf rechtsgeschäftlicher Bestimmung beruhender Zinspflicht zunächst Aufgabe der Auslegung, zu ermitteln, ob in der That eine Bestimmung über die Höhe der zu entrichtenden Zinsen fehlt; und dies gilt namentlich von dem Falle, wenn die Zahlung üblicher oder landesüblicher Zinsen bedungen oder auferlegt wäre (vergl. § 359).

Für den Fall, wenn in einem richterlichen Urtheile die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen anerkannt, über die Höhe der zu leistenden Zinsen aber nichts bestimmt würde (sächs. G. B. § 677), handelt es sich nicht um die Auslegung des Urtheiles, vielmehr um den Antrag auf Ergänzung des Urtheiles (C. P. O. § 292), eventuell, falls die Frist hierzu verstrichen, um Erhebung einer neuen Klage.

Hier ist noch kurz der Standpunkt des Entwurfes zu einigen mit dem Zinsenrechte zusammenhängenden Fragen darzulegen:

b) Rechtsgrund. Die Verpflichtung zur Zinszahlung versteht sich nie von selbst. Sie muß besonders begründet sein durch Rechtsgeschäft (vergl. z. B. § 455) oder durch eine positive Gesetzesvorschrift (z. B. §§ 248, 252, 427, §§ 455, 467, 717). Der Entwurf stellt insbesondere keine Vermuthung für das Entstandensein einer Zinspflicht bei einer eine gewisse Zeit gleichmäßig fortgesetzten Zinszahlung oder für eine Vereinbarung von Zinsen eines bestimmten, höheren oder niedrigeren, Betrages (Zinsfußes) auf. Derlei Vermuthungen, wie sie sich in einigen Gesetzgebungen finden, entbehren der Begründung und sind bedenklich, weil sie den Richter in der ihm zustehenden Würdigung des einzelnen Falles beengen. Ebenso ist dem Entwurfe auch die Aufstellung einer Vermuthung für das Bestehen der Kapitalschuld oder gar für das Entstehen der Kapitalschuld (durch eine Art von Acquisitivverjährung) bei längere Zeit fortgesetzter Zinszahlung fremd.

Ultra alterum tantum. Ob das gemeinrechtliche Verbot von Zinsen, welche in ihrem Gesammtbetrage das Kapital übersteigen (ultra alterum tantum) durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867 berührt wird, kann dahingestellt bleiben. Für den Entwurf stand die Aufnahme dieses heutzutage nicht mehr haltbaren Verbotes, welches im weitaus größten Theile Deutschlands schon beseitigt ist, außer Frage[1]).

---

[1]) Vergl. zu § 358.

Jede Zinsverbindlichkeit ist ihrem Wesen nach von einer Hauptverbindlichkeit abhängig. Ohne Hauptschuld kann eine Zinsenschuld nicht entstehen und nach Aufhebung der Hauptschuld entsteht auch kein Zinsenanspruch mehr (z. B. § 184 Abs. 1). Die hiervon für auf Inhaber lautende Zinsscheine zu statuirende Ausnahme beruht auf besonderen an der maßgebenden Stelle (§ 690) zu erörternden Gründen. Aus der materiell akzessorischen Natur des Zinsenanspruches folgt aber keineswegs seine formelle Abhängigkeit von der Hauptforderung, d. h. daß der einmal begründete Zinsenanspruch nicht selbständig, namentlich nicht nach der Erfüllung der Hauptschuld gefordert werden könnte. Der Entwurf steht auf dem allgemeinen Prinzipe, daß in einem jeden Rechte auch die Befugniß zur selbständigen gerichtlichen Geltendmachung liege und daß durch die akzessorische Natur des Rechtes als eines Nebenrechtes, welches das Bestehen eines anderen Hauptrechtes zur Voraussetzung hat, hieran nichts geändert wird. Eine Vorschrift über die selbständige Geltendmachung der Nebenrechte erscheint hiernach überflüssig, weil die Befugniß zu solcher Geltendmachung selbstverständlich ist, und vielmehr eine ausschließende oder einschränkende Vorschrift für den Fall hätte aufgenommen werden müssen, wenn jene Befugniß nicht hätte anerkannt werden sollen. Dieser Grundsatz gilt auch für die Zinsen, insbesondere für gesetzliche Zinsen jeder Art. Würde man ihn für die Zinsen besonders aussprechen, so könnten Zweifel an seiner allgemeinen Geltung entstehen. Hiermit ist aber der in jedem Falle nach den Umständen zu beantwortenden Frage in keiner Weise vorgegriffen, ob, wenn der Gläubiger das Kapital ohne Zinsen erhoben hat, hierin oder in der ertheilten Quittung ein Verzicht auf die letzteren zu erblicken ist. Zinsanspruch akzessorisch, formell selbständig.

§ 218.

Der Entwurf beschäftigt sich in den §§ 218—223 mit der Regelung einiger allgemeiner den Schadensersatzanspruch, insbesondere den Inhalt und Umfang des zu leistenden Schadensersatzes betreffender Fragen. Der § 218 insbesondere entscheidet die Frage, wieweit im Falle der Verpflichtung zum Ersatze eines Vermögensschadens (vergl. § 221) die Verpflichtung sich erstrecke. Das Prinzip ist, daß die positive Vermögenseinbuße und der entgangene Gewinn zu ersetzen sind, daß also unter der Verpflichtung zum Schadensersatze durchgehends die Verpflichtung zur Leistung des ganzen Interesse zu verstehen ist. Der Entwurf verwirft hiermit die für die Fälle, wo die Schadensersatzpflicht in einem Verschulden des Verpflichteten begründet ist, in mehreren Kodifikationen, namentlich auch im preuß. Landrechte, aufgestellte Abstufung des Umfanges der Schadensersatzpflicht je nach der Art oder dem Grade des Verschuldens[1]). Die Hereinziehung moralisirender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte, worauf jene Abstufung beruht, muß bei der Bestimmung der civilrechtlichen Folgen unerlaubten, widerrechtlichen Verhaltens durchaus fern Schadensersatz. a) Umfang: Ganzes Interesse;

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 5 §§ 285 ff., I, 6 §§ 10—16, 85—88, 93—95, I, 16 § 17; vergl. Eccius I § 90.

gehalten werden. Der Grundsatz des gemeinen Rechtes, wonach lediglich der Umfang des verursachten Schadens den Umfang des zu leistenden Schadensersatzes bestimmt, ist juristisch allein haltbar und wird dem Schadensersatzberechtigten allein gerecht. Schon aus diesem Grunde konnte auch von Beschreitung des anderwärts (schweiz. Bd. Ges. Art. 51, 116) befolgten Weges, wonach dem Richter bei Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes auch die Berücksichtigung der Größe der Verschuldung anheim gegeben wird, keine Rede sein, abgesehen davon, daß eine solche weitgehende Befugniß des Richters die von dem deutschen Rechte abgelehnte besondere autoritative Stellung des Richters zur Voraussetzung hat.

Durch die Aufstellung des Prinzipes wird nicht ausgeschlossen, daß das Gesetz in bestimmten, besonders gearteten Fällen den Schadensersatzanspruch seinem Umfange nach begrenzt (vergl. § 1228), oder ihn in gewissem Umfange ohne speziellen Nachweis dieses Schadens zuläßt (§§ 248, 717 Satz 1, vergl. § 420). In dem Prinzipe liegt auch ausgesprochen, daß der Schadensersatzpflichtige für alle, nicht blos für die vorauszusehenden Folgen der von ihm zu vertretenden Handlung oder Unterlassung zu haften hat, sofern nicht gerade die fahrlässige Zufügung des Schadens allein zum Schadensersatze verpflichtet (§ 704), sowie daß die Haftpflicht eintritt, ohne Unterschied, ob die Handlung

unmittelbarer und mittelbarer Schaden;

oder Unterlassung unmittelbar oder mittelbar den Schaden bewirkt hat (s. dagegen code civil Art. 1150, 1151, schweiz. Bd. Ges. Art. 116; vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 2, 3, 15, 18, 19, I, 5 §§ 362, 363, I, 16 § 17). Letzteres besonders im Gesetze auszusprechen, hielt man für überflüssig, weil, falls der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden besondere Bedeutung beigelegt werden sollte, dies im Gesetze auszudrücken wäre. Andererseits wäre die Hervorhebung, daß unmittelbarer und mittelbarer Schaden zu ersetzen sei, auch nicht unbedenklich, weil der Begriff von unmittelbarem und mittelbarem Schaden nicht genügend aufgeklärt ist und, im Gesetze selbst ausgesprochen, in der Praxis zu gefährlichen Untersuchungen führen müßte. Die selbstverständliche Voraussetzung für jeden Schadensersatzanspruch ist, daß der Schaden, dessen Ersatz verlangt wird, im Kausalzusammenhange mit derjenigen Handlung oder Unterlassung des Verpflichteten steht, welche den Anspruch begründet. Das Zutreffen dieser Voraussetzung ist im gegebenen Falle nach den besonderen Umständen zu prüfen.

entgangener Gewinn.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes ist nicht zu entbehren. Durch sie erhält die Praxis im Hinblicke auf § 260 der C. P. O. die nöthige Anweisung, aus welcher erhellt, daß einestheils die volle Gewißheit, der Gewinn würde gezogen worden sein, nicht erforderlich sei, andererseits aber auch die bloße Möglichkeit, der Beschädigte würde den Gewinn erlangt haben, nicht ausreiche, daß vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit entscheide. Aehnliche Bestimmungen finden sich nahezu in allen modernen Gesetzbüchern. Als selbstverständlich erscheint daß nur ein solcher Gewinn in Betracht kommt, welcher ohne Unehrenhaftigkeit hätte gezogen werden können.

Compensatio lucri et damni.

Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vortheil, welcher dem Beschädigten durch den schadenbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Anrechnung zu bringen sei

(compensatio lucri et damni), muß der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden. Einerseits versteht sich wohl von selbst, daß derjenige, welcher wegen Verletzung einer ihm obliegenden Verpflichtung zum Schadensersatze verpflichtet ist, zur Ablehnung dieser Verpflichtung sich nicht darauf berufen darf, daß er andere in demselben Rechtsverhältnisse sich gründende Verpflichtungen vollständig und mit bestem Erfolge erfüllt habe, andererseits, daß, wenn aus einer und derselben Maßregel oder aus einem Komplex von Maßregeln, für welche dieselbe Person einzustehen hat, schädliche und nützliche Folgen entstanden sind, diese nicht von einander getrennt werden dürfen, sondern auf das Gesammtresultat gesehen werden muß. Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich. Ihre Lösung hängt wesentlich mit der Feststellung des Schadensbegriffes zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann. Der Versuch müßte zu einer weitgehenden Kasuistik führen, von welcher keine befriedigenden Resultate zu erwarten wären. Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden[1]).

Gemäß dem Prinzipe (Abs. 1) fällt unter den Anspruch auf Leistung des Interesse insbesondere auch der Ersatz der Nutzungen, welche der Beschädigte aus einem entzogenen Gegenstande hätte ziehen können (vgl. §§ 248, 252, 717). Inwieweit hiervon abgesehen der Schadensersatzpflichtige für Nutzungen, welche er von dem Gegenstande gezogen hat, dem in Ansehung des Gegenstandes Berechtigten aufzukommen hat, beurtheilt sich nach Konditionsgrundsätzen (vergl. § 720). Nutzungen.

Durch § 218 ist stillschweigens die bekannte Bestimmung in l. un. Cod. 7,47 über das zulässige Maximum der Interesseforderung (Windscheid a. a. O. § 258 Note 9; Seuffert's Archiv XXXI Nr. 123, 320; Entsch. des R. G. in Civils. IV S. 181) abgeschafft.

§ 219.

In Ansehung der Art wie der Schadensersatz zu leisten ist, stellt der Entwurf (§ 219, vergl. § 715) den Grundsatz auf: „der Schadensersatz ist dadurch zu leisten, daß der frühere Zustand wieder herzustellen, und, soweit diese Wiederherstellung nicht möglich oder zur vollen Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, die Ausgleichung in Geld zu gewähren ist, damit der Beschädigte wirthschaftlich wieder in die Vermögenslage gebracht wird, als wenn der zum Schadensersatze verpflichtende Umstand und die hierdurch bewirkte Aenderung der Lage des Beschädigten nicht eingetreten wäre." Auf diesem Prinzipe beruhen wesentlich auch die entsprechenden Bestimmungen der modernen Gesetzgebung; desgleichen ist für das gemeine Recht anerkannt, daß der Anspruch b) Art: Restitution oder Geldentschädigung

[1]) Seuffert's Archiv XXXIV Nr. 23, 245; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVIII S. 372, XXII S. 388; Entsch. des R. G. in Civils. X Nr. 13 S. 51, XVII Nr. 11 S. 47 ff.

auf Leistung des Interesse den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes in sich schließt [1]).

Restitutionsprinzip.

Das die Verpflichtung zur Naturalrestitution in erster Linie in sich schließende Prinzip der Wiederherstellungspflicht hat die Natur der Sache für sich und entspricht der Rechtslogik. Eine dasselbe verleugnende allgemeine Regel wäre ungerecht bald gegen den Gläubiger, bald gegen den Schuldner. Das gegen das Prinzip allenfalls geltend zu machende Bedenken, daß, weil die Wiederherstellungspflicht ein den Schuldner zu einer Handlung verpflichtendes Schuldverhältniß ergebe, der Gläubiger in eine schlimme Lage gerathen könne in den zahlreichen Fällen, in welchen die Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes zweifelhaft sei oder wenn der Schuldner sich renitent erweise, verliert Angesichts der Vorschrift des § 243 in wichtigen und zahlreichen Fällen an Bedeutung, indem hierdurch dem Beschädigten die Möglichkeit eröffnet ist, gerade den erwähnten Schwierigkeiten auf sicherem Wege zu begegnen. Die Ausführung des Prinzipes der Verpflichtung zur Naturalrestitution für die einzelnen denkbaren Fälle ist überflüssig und wäre nicht unbedenklich. Selbstverständlich kommt diese Verpflichtung überall da in Wegfall, wo die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach dem Gesetze nicht zulässig oder ausgeschlossen ist. Der Grundsatz, daß zum Zwecke des Schadensersatzes zunächst Naturalrestitution zu leisten und der Gläubiger auch letztere, soweit sie möglich, anzunehmen verpflichtet ist, leidet nur scheinbar eine Ausnahme in den Fällen, in denen dem Gläubiger wegen theilweiser Unmöglichkeit der Leistung oder wegen Verzuges des Schuldners das Recht zusteht, unter Ablehnung des möglich gebliebenen Theiles der Leistung oder der verspäteten Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, bezw. von dem Vertrage zurückzutreten (§§ 242, 243, 247, 369, 377 Abs. 2). In der That ist in diesen Fällen die Herstellung des dem Schuldverhältnisse zunächst entsprechenden Zustandes nicht möglich und vom höheren Gesichtspunkte seines Interesses ist dem Gläubiger gestattet, Schadensersatz in Geld wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, gleich als ob diese aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande eingetreten wäre, zu fordern oder durch Rücktritt von dem Vertrage den Zustand herzustellen, wie wenn der Vertrag gar nicht geschlossen worden wäre.

Vermöge des Grundsatzes, wonach der Schadensersatz durch Herstellung desjenigen Zustandes zu leisten ist, welcher ohne den zum Ersatze verpflichtenden Umstand vorhanden sein würde, kann z. B. auch der durch Drohung oder Betrug (§ 103) Beschädigte geeignetenfalls statt der dinglich wirkenden Anfechtung (§ 112 ff.) den im Schadensersatzanspruche liegenden obligatorischen

---

[1]) Für das gemeine Recht s. Windscheid § 257 Note 6; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXII Nr. 44, Entsch. des R. G in Civils. XVII Nr. 26, IX Nr. 79; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 79, Eccius I § 90 S. 557, 558; österr. G. B. § 1323; sächs. G. B. § 687; hess. Entw. Art. 215, bayr. Entw. Art. 73, dresd. Entw. Art. 222. Das schweiz. Gesetz Art. 51 dagegen überläßt die Bestimmung nicht nur der Größe, sondern auch der Art des Schadensersatzes dem richterlichen Ermessen (s. für das franz. Recht Zachariä II § 445).

Restitutionsanspruch wählen, was für ihn im Hinblick auf die für die Anfechtung gesetzte kurze Präklusivfrist und die längere Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch (§§ 104, 719) von Interesse sein kann.

Der Grundsatz des § 219 greift im Uebrigen Platz, nicht blos, wenn der zu leistende Schadensersatz sich auf (nicht vertretbare oder vertretbare) Sachen (§§ 778 ff.) bezieht, sondern in Ansehung aller restituirbaren Gegenstände eines Schuldverhältnisses. Es folgt ferner daraus, daß auch die dem Gläubiger entzogenen oder vorenthaltenen Zubehörungen zu restituiren sind.

Das Prinzip der Wiederherstellungs- bezw. Ausgleichungspflicht verlangt zu seiner Verwirklichung unter anderem auch, daß, soweit Naturalrestitution in Frage steht, diese am richtigen Orte geleistet und bei der Ausgleichung in Geld insbesondere die für die Berechnung des Interesse des Gläubigers (Beschädigten) maßgebende Zeit berücksichtigt wird (vergl. §§ 229, 230, 240, Abs. 2, § 377 Abs. 2., § 715).

In besonderer Weise ist für gewisse Delikte die in Geld zu gewährende Entschädigung in §§ 724, 726, 727, 734, 736 geregelt (sog. Rentensystem).

§ 220 [1])

Auch der Werth, welchen der zu ersetzende Gegenstand für den Gläubiger nach den besonderen Verhältnissen hatte, ist Vermögenswerth, seine Entziehung objektiver Schaden, welcher ersetzt werden muß, weil dem Gläubiger das volle Interesse zu ersetzen ist. Die Vorschrift könnte im Hinblick auf § 218 als entbehrlich erscheinen. Sie dient aber zur Verdeutlichung des Gesetzes, namentlich gegenüber dem preuß. Rechte, welches die Pflicht zum Ersatze des außerordentlichen Werthes von dem Grade des zu vertretenden Verschuldens abhängig macht. Von Bedeutung wird für die nach § 220 anzustellende Werthberechnung die in § 825 aufgestellte Vermuthung für die Gleichheit des Werthes der Sache mit dem Werthe des Besitzes, insofern diese Bestimmung Geltung hat auch im Falle des Schadensersatzes wegen Sachbeschädigung oder Sachentziehung. Ergänzend sind hier zu erwähnen hinsichtlich der für die Werthberechnung maßgebenden Zeit, bezw. des maßgebenden Ortes, die Vorschriften der §§ 240, 377, 715, sowie in Ansehung der Verpflichtung des wegen Verzuges oder aus unerlaubter Handlung zum Schadensersatze Verpflichteten, Zinsen aus der als Werthersatz geschuldeten Summe zu entrichten, die Vorschriften der §§ 252, 717.

Ersatz des außerordentlichen Werthes.

§ 221.

Schon in der Einleitung ist erwähnt, daß der Entwurf aus der Anerkennung des Prinzipes, wonach ein vermögensrechtliches Interesse zum Wesen oder zur Gültigkeit und Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses nicht gehört, keineswegs die Konsequenz zieht, daß bei Verletzung eines nicht vermögens-

Ersatz nicht vermögensrechtlichen Schadens.

---

[1]) Die Vorschrift des § 220 gilt nur für die Schadensersatzpflicht. Wo das Gesetz nur die Verpflichtung zum Werthsersatze (nicht als Folge oder Theil der Schadensersatzpflicht) ausspricht, ist der gemeine Werth allein verstanden.

rechtlichen Interesses durch Zuwiderhandeln gegen eine obligatorische Verpflichtung oder durch Delikt der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung eines Ersatzes in Geld zulässig sein solle. Der § 221 lehnt diese Konsequenz ausdrücklich ab. Die Vorschrift gilt nach dem Entwurfe ausnahmslos für alle Fälle, in welchen Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestehender obligatorischer Verpflichtungen in Frage steht; insbesondere ist hierdurch ausgesprochen, daß das sog. Affektionsinteresse oder der Werth der besonderen Vorliebe, welchen das preußische Recht aus ethischen oder strafrechtlichen Gesichtspunkten bei vorsätzlicher Verletzung dem Verletzten zuspricht (A. R. I, 6 § 87, 96, 97; I, 11 § 880, I 20 § 196; Eccius I § 22 S. 118) bei dem zu leistenden Schadensersatze nicht berücksichtigt werden darf. Bei Leistung des vollen Interesses (§§ 218, 220) kommt nur das vermögensrechtliche Interesse in Betracht. — Der in § 221 ausgesprochene Grundsatz gilt als Regel auch für den durch unerlaubte Handlungen begründeten Schadensersatzanspruch. Jedoch bleiben diesfalls nicht nur die Bestimmungen der Reichsgesetze über die Buße unberührt (§ 721), sondern es gewährt auch der Entwurf selbst aus besonderen Gründen bei einigen bestimmten Delikten dem Verletzten einen übrigens dem freien Ermessen des Gerichtes unterstellten Anspruch auf eine Geldentschädigung wegen durch das Delikt entstandenen anderen, nicht das Vermögen betreffenden Schadens[1]. Durch allgemeine Anerkennung eines Entschädigungsanspruches wegen Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei der Berathung der C. P. O. nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere ließen sich Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen und wäre der Revisionsrichter im konkreten Falle häufig nicht in der Lage, eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt des Richters zu korrigiren. Wo die Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung in Frage steht, ist das Interesse des Gläubigers im Wesentlichen dadurch gedeckt, daß er die Erfüllung der Verbindlichkeit, soweit sie auf Vertrag beruht, sich durch Ausbedingung einer Konventionalstrafe zu sichern vermag. Anlangend aber den Fall deliktischer Zufügung eines anderen als eines Vermögensschadens, so müssen freilich an sich auch die sog. idealen Rechte gegen widerrechtliche Verletzung gesichert, und es kann dieser Schutz nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden; vielmehr ist dem Verletzten geeignetenfalls nach den Postulaten der Gerechtigkeit auch eine Schadloshaltung zu gewähren. Obwohl auch in der Doktrin die Stimmen für die Berücksichtigung nicht vermögensrechtlichen Schadens in Schädenprozessen sich mehren, sind doch die angeführten Bedenken überwiegend und ausschlaggebend gegen die Aufnahme einer allgemeinen und deshalb unbestimmten, für die meisten und größten Rechtsgebiete überdies zu einer einschneidenden Neuerung führenden Rechtsnorm, nach welcher eine durch das freie Ermessen des Richters zu bestimmende Entschädigung wegen deliktischer Verletzung eines anderen als eines Vermögensinteresses in Geld gefordert werden könnte. Dem Haupt-

(Affektionsinteresse.)

Deliktsansprüche.

---

[1] Vergl. §§ 728, 734, 735, 736 (dagegen z. B. § 1228).

bedürfnisse ist Genüge gethan durch die Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Buße und die reichsgesetzlichen Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigenthumes, sowie durch die von dem Entwurfe in besonders geeigneten Fällen ausnahmsweise gewährte rechtliche Möglichkeit eines Geldersatzes für einen anderen als einen Vermögensschaden. Zu bemerken ist überdies, daß der Entwurf nur den Anspruch auf Entschädigung abspricht, nicht den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 219), wann und soweit dieser in den in Betracht kommenden Fällen praktisch werden kann.

§ 222.

Die bestehende Gesetzgebung hat den Einfluß konkurrirender Fahrlässigkeit des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen in verschiedener Weise zu regeln versucht. Das preuß. A. L. R. I, 6 §§ 18—21 (vergl. I, 5 §§ 362, 363, 320, 321) unterscheidet nach den verschiedenen Graden des Versehens auf beiden Seiten und macht hiernach die Haftpflicht weiter davon abhängig, ob der Schaden unmittelbar oder mittelbar bewirkt wurde und ob er in positivem Verluste oder in entzogenem Gewinne besteht[1]). Das sächs. G. B. (§ 688) folgt im Wesentlichen der in der Doktrin des gemeinen Rechtes vielfach aufgestellten Ansicht (Windscheid a. a. O. § 258 bei Noten 17, 18), daß bei einem von einem Anderen verursachten Schaden dieser von der Schadensersatzpflicht dann frei sei, wenn der Schaden durch Anwendung gehöriger Sorgfalt von Seiten des Beschädigten hätte vermieden werden können, außer wenn der Schaden doloser Weise von dem Anderen herbeigeführt worden ist (ebenso dresd. Entw. Art. 221 Satz 2). Das schweiz. Bd. Ges. über das Obligationenrecht (Art. 51 Abs. 2) dagegen bestimmt in Uebereinstimmung mit den im franz. Recht für Schadensersatz aus Vergehen geltenden Grundsätzen (Zachariä, franz. Civ. R. II §§ 444 Abs. 11), daß, wenn bei einer Beschädigung auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen sei, der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältniß ermäßigen oder gänzlich von derselben entbinden könne (vergl. österr. G. B. § 1304). In ähnlicher Weise stellt der Entwurf sowohl für den Fall, wenn ein Schaden durch das Zusammentreffen der Verschuldung (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) eines Anderen und eigener Fahrlässigkeit des Beschädigten entstanden ist, als auch dann, wenn der Beschädigte sich nur in Ansehung der Abwendung des Schadens nachlässig bewiesen hat, auf das richterliche Ermessen ab, ob und in welchem Umfange ein Anspruch des Beschädigten auf Ersatz des Schadens gegen den Anderen begründet ist. Dies gilt bei deliktischer Schadenszufügung wie im Falle obligationswidrigen Thuns oder Unterlassens, wenn und soweit das Gesetz nicht für bestimmte Verhältnisse in der einen oder anderen Richtung eine abweichende Vorschrift gegeben hat[2]). Ein Blick auf die Praxis lehrt, daß die Fälle im Leben zu verschiedenartig liegen, als daß durch eine Vorschrift eine für alle Fälle passende Regel gegeben werden könnte.

Konkurrirendes Verschulden des Beschädigten.

---

[1]) Vergl. Entsch. des R. G. in Civils. XIV Nr. 63; Eccius I § 90 S. 560 ff. § 106 S. 724.

[2]) Vergl. z. B. §§ 97, 99, 345, 382, 385.

Eine kasuistische Behandlung müßte aber zur Unvollständigkeit und deshalb zu Dunkelheiten führen. Es ist daher am rathsamsten, dem Richter möglichste Freiheit in der Beurtheilung des konkreten Falles zu lassen[1]). Diese Erwägungen treffen insbesondere auch für die Frage zu, ob und inwieweit im Einzelfalle auf die Schadensersatzpflicht einer Fahrlässigkeit des Beschädigten in Ansehung der Abwendung des Schadens Einfluß einzuräumen ist. — Die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens kann unter Umständen zumal bei doloser Beschädigung zum Ignoriren einer mitunterlaufenden Fahrlässigkeit des Beschädigten führen. Die Vorschrift des Entwurfes gilt aber grundsätzlich auch für die Fälle vorsätzlicher Beschädigung.

Selbstverständlich setzt der § 222 immer voraus, daß durch das eigene Verschulden des Beschädigten der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung oder Unterlassung des Dritten und dem schädlichen Erfolge nicht überhaupt ausgeschlossen ist. Wenn der Kausalzusammenhang fehlt, kann von einer Schadensersatzpflicht des Dritten keine Rede sein (l. 203 D. de reg. juris 50, $_{17}$; sächs. G. B. § 781; hess. Entw. Art. 213 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 68 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 221 Satz 1). Dies ist im § 222 („von einem Anderen verschuldeten" Schadens) zur Genüge angedeutet. Die Vorschrift des § 222 hat zunächst den Fall im Auge, wenn der Beschädigte und Schadensersatzberechtigte eine und dieselbe Person ist. Bei Delikten können neben dem durch das Delikt unmittelbar Getroffenen auch dritte Personen schadensersatzberechtigt sein (z. B. im Falle der Tödtung nach §§ 723 ff.; vergl. § 727). Der Entwurf entscheidet die hierbei entstehende Frage, ob dem Delinquenten gegenüber dem dritten Berechtigten aus einer mitwirkenden Fahrlässigkeit des unmittelbar Beschädigten (z. B. des Getödteten) die Berufung auf die Vorschrift des § 222 zu Statten komme, nicht, überläßt deren Lösung vielmehr der Wissenschaft und Praxis, um der Rechtsentwickelung in dieser Hinsicht nicht vorzugreifen[2]).

Mittelbar Beschädigte.

§ 223.

Uebergang von Ansprüchen des Entschädigten gegen Dritte auf den Ersatzleistenden

In den Quellen des gemeinen Rechtes bereits findet sich der Satz in verschiedenen Anwendungsfällen ausgesprochen, daß, wer mittels persönlichen oder dinglichen Anspruches auf Herausgabe oder Restitution einer Sache belangt dem Kläger deshalb, weil er dem begründeten Anspruche nicht Genüge leisten kann, zum Schadensersatze verpflichtet ist, bei Leistung des vollen Schadensersatzes die Abtretung aller dem Kläger wegen der betreffenden Sache zustehenden Klagen zu verlangen berechtigt ist[3]). Der Grund liegt darin, daß der Kläger, falls er neben dem erhaltenen Schadensersatze auch seine Ansprüche gegen Dritte behielte, durch die Leistung des ohne Rücksicht auf die eventuelle Möglichkeit der Realisirung dieser Ansprüche festgestellten Schadensersatzes dann, wenn er jene Ansprüche verfolgte und mit ihnen entgegen der erwähnten Voraussetzung

---

[1]) Vergl. Entsch. der vorm. R. O. H. G. II S. 387, XIII S. 206, XVI S. 11, XIV S. 143, XX S. 397, des R. G. in Civils. V S. 205, X S. 80, Seuffert's Archiv XXVII Nr. 122, XXX Nr. 9, XXXI Nr. 16, 212, 213.

[2]) Für das preuß. Recht Entsch. des R. G. in Civils. XIV Nr. 63.

[3]) Vangerow, Pand. III § 574 Art. 3 Nr. 4; Windscheid § 193 Note 12.

durchdringen würde, zuviel erhielte. Andererseits kann man von dem Kläger keineswegs immer verlangen, daß er zunächst die vielleicht unsicheren und weitaussehenden Ansprüche gegen den Dritten verfolge und erst im Falle der Erfolglosigkeit den Ausfall im Wege des Schadensersatzanspruches gegen den ihm zunächst zur Herausgabe oder Restitution Verpflichteten geltend mache. Der Anspruch auf Schadensersatz ist kein subsidiärer in diesem Sinne[1]). Es geht auch nicht an, dem Kläger etwa an dem Schadensersatzbetrage wegen jener mindestens im schließlichen Resultate zweifelhaften Ansprüche einen Abzug zu machen. In der That erheischen die bezeichneten Komplikationen eine besondere Fürsorge. Für den Entwurf gewinnt die Frage durch die Vorschrift des § 243 noch eine besonders praktische Bedeutung, da nach dieser Vorschrift eine nicht vorhandene Unmöglichkeit der Restitution fingirt wird, um den Anspruch auf Ersatz des Schadens in Geld zu begründen. Würde man für den Fall, daß der Beschädigte das Entzogene wieder erhalten kann, denjenigen, welcher voll entschädigt hat, zur Ausgleichung auf die condictio ob causam finitam beschränken (§ 745; vergl. sächs. G. B. §§ 1548, 304), so wäre hiermit der schon hervorgehobene Uebelstand verbunden, daß die Kondiktion auf die Rückerstattung eines Betrages ginge, welcher dem Werthe der bei dem Entschädigten verbliebenen Ansprüche, soweit solche realisirbar sind, entsprechen müßte. Diesen Betrag zu ermitteln, wäre äußerst schwierig, da die Realisirbarkeit jener Ansprüche in der Regel ungewiß ist und überdies von der Diligenz abhängt, welche auf die Geltendmachung der Ansprüche verwendet wird. Zur Vermeidung dieser Schwierigkeiten bestimmt der Entwurf § 223, daß auf den Ersatzpflichtigen mit der Ersatzleistung von Rechtswegen die Ansprüche übergehen, welche dem Entschädigten auf Grund seines Eigenthumes oder eines sonstigen Rechtes gegen Dritte zustehen. Diese schon vom bayr. Entw. (III Art. 160) aufgenommene Bestimmung empfiehlt sich durch ihre Einfachheit vor dem nach dem Vorgange des gemeinen Rechtes auch anderwärts (vergl. z. B. sächs. G. B. §§ 961, 306) befolgten Wege, wonach dem Schadensersatzpflichtigen der gesetzliche Anspruch auf Abtretung der Ansprüche gegeben, bezw. die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des vollen Interesse zu einer durch die Uebertragung der Ansprüche bedingten gemacht wird. Der unmittelbare Uebergang der letzteren auf den Schadensersatzpflichtigen erscheint zudem billiger und für letzteren sicherer, weil zur Zeit der Ersatzleistung oft verkannt wird, daß eine objektive Unmöglichkeit nicht vorliegt und weil deshalb die Erzwingung der Abtretung nicht selten unterbleiben würde. Noch weiter zu gehen und, wie das sächs. G. B. für einen Fall im Vindikationsprozesse (§ 305) bestimmt, die Rechte selbst, in welchen die verbliebenen Ansprüche sich gründen, übergehen zu lassen, wäre bei beweglichen Sachen schon wegen des Traditionsprinzipes anomal und überhaupt bedenklich, bei Grundstücken aber mit den Prinzipien des Grundbuchrechtes unvereinbar. Man müßte den Berechtigten zur Mitwirkung behufs Erfüllung der nach den sachenrechtlichen Vorschriften bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen des Rechtsüberganges für verpflichtet erklären, was besser vermieden wird.

---

[1]) Vergl. Entsch. des R. G. in Civils. IX Nr. 79 S. 288.

Die Vorschrift des § 223 gilt für alle Verbindlichkeiten auf Herausgabe oder Restitution, ohne Rücksicht auf den Grund, auf welchem die Verbindlichkeit beruht, für persönliche wie dingliche Ansprüche. Insbesondere wird durch die Vorschrift auch der in der Gesetzgebung mehrfach besonders behandelte Fall getroffen, wenn bei der Gebrauchsleihe der Entleiher dem Verleiher für die geliehene Sache, weil sie abhanden gekommen, Schadensersatz geleistet hat und die Sache nachher wieder aufgefunden wird[1]).

Die Vorschrift des § 223 trifft auch zu, wenn Rechte Gegenstand einer Restitutionsverpflichtung sind. Wird Entschädigung wegen eines nicht restituirten Rechtes unter der Voraussetzung geleistet, daß dasselbe von dem Restitutionspflichtigen verbracht ist, und stellt sich später heraus, daß aus dem zu restituirenden Rechte entspringende Ansprüche bei dem Entschädigten verblieben, so sprechen dieselben Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründe, wie bei der Sachrestitution, dafür, daß das Residuum von Ansprüchen als auf denjenigen übergegangen gilt, welcher volle, die Ansprüche mitbegreifende Entschädigung geleistet hat.

Zweiter Titel.

Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Verpflichtung zur Leistung.

§ 224.

I. Verpflichtung zur Leistung. a) Vollständige Erfüllung.

Die Vorschrift (Abs. 1 Satz 1), daß der Schuldner verpflichtet sei, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken, könnte als selbstverständlich erscheinen. Es ist jedoch eine ausdrückliche Hinweisung darauf, daß die Verpflichtung ihrem ganzen Umfange nach, insbesondere auch in Ansehung aller Nebenpunkte, zu erfüllen sei, nicht unnöthig. Es ist weder dem Gesetze, noch für die Regel dem Geschäftsverkehre möglich, den Umfang und Inhalt einer Schuldverbindlichkeit nach allen Richtungen und Nebenpunkten genau zu beschreiben; vollständig läßt sich der Inhalt einer Leistungsverbindlichkeit nur im konkreten Falle erkennen, mittels Auslegung des Gesetzes, bezw. des Rechtsgeschäftes, auf welchem die Verbindlichkeit beruht (vergl. § 73, § 359). Der erste Satz des § 224 bildet hiernach die Grundlage mancher weiteren Vorschriften des Entwurfes, insbesondere derjenigen in §§ 226—232. Aus ihr ergiebt sich z. B., daß regelmäßig, in Ermangelung besonderer Vorschriften und abgesehen von einer besonderen Gestaltung des Schuldverhältnisses, der Schuldner die Kosten der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu tragen hat (vergl. sächs. G. B. § 701 Satz 1). Wer zu einer Leistung

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 21 § 254; österr. G. B. § 980; hess. Entw. IV, 2 § 260, bayr. Entw. Art. 654.

verpflichtet ist, hat auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken; anderenfalls erhielte der Gläubiger nicht vollständig das ihm Gebührende[1]).

b) Haftung für culpa levis.

Unter Haftung für Fahrlässigkeit schlechthin (§ 224 Abs. 1 Satz 2) versteht der Entwurf die Haftung für jede, auch die sogenannte leichte Fahrlässigkeit (culpa levis). Der Schuldner hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden (§ 144 Abs. 1). Auch im gemeinen Rechte und in der Mehrzahl der modernen Kodifikationen gilt die Regel, daß der Schuldner wegen und bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit haftet. Die Regel ist im bestehenden Rechte nur durch eine größere Zahl von Ausnahmen durchbrochen, und im preuß. A. L. R. durch die Aufnahme des geringen Versehens, neben dem groben und mäßigen Versehen modifizirt. Die neue Gesetzgebung hat zum Theile[2]) im Anschlusse an die gemeinrechtliche Wissenschaft den Umfang der Haftung des Schuldners nach bestimmten Kategorieen, je nachdem das Schuldverhältniß nach seiner konkreten Gestaltung den Vortheil beider Betheiligten oder nur eines Betheiligten bezweckt oder die Besorgung fremder Angelegenheiten zum Inhalte hat oder der Schuldner sich zu dem Schuldverhältnisse aufgedrängt hat, geordnet. Der Entwurf folgt diesen Vorgängen nicht. Solche Kategorieen lassen sich ohne Durchbrechung durch speziell zu regelnde Ausnahmen nicht aufstellen. Die Entscheidung über den Eintritt einer beschränkten oder modifizirten Haftung hat sich den Rechtsnormen über die einzelnen Schuldverhältnisse anzuschließen. Allerdings werden nicht alle im Leben vorkommenden Verträge sich einer der im Gesetzbuche normirten Vertragsarten unterstellen lassen; allein diesfalls wird die Analogie aushelfen, bezw. den Parteien überlassen bleiben müssen, durch besondere Vereinbarung sich vorzusehen.

Ausnahmen.

Von der Regel des Entwurfes (§ 224 Abs. 1 Satz 2) sind in der Richtung, daß nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet wird, nur Ausnahmen gemacht zu Gunsten des Schenkers (§ 442), des Verleihers (§ 550) und zu Gunsten des negotiorum gestor im Falle des § 750[3]). Die auch dem gemeinen und modernen Rechte bekannte Modifikation der Haftung durch Beschränkung derselben auf diejenige Sorgfalt, welche der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 145), kennt der Entwurf nur im Gesellschaftsverhältnisse (§ 633) und in gewissem Umfange in dem Verhältnisse der Ehegatten zu einander (§§ 1279, 1317). Im Uebrigen ist (§ 224 Abs. 1) überall die Haftung des Schuldners für jede Fahrlässigkeit begründet. Selbstverständlich ist die Vorschrift des Entwurfes nur dispositiv. Die Parteien können im Einzelfalle durch Vereinbarung das Maß der Haftung insbesondere bis zur Uebernahme völliger Garantie für den Erfolg steigern oder, soweit das Gesetz dies zuläßt (§ 225), herab-

---

[1]) Vergl. §§ 270, 466, andererseits §§ 595, 753.

[2]) Vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 113.

[3]) Die Regel gilt für alle Schuldverhältnisse, auch die in sachenrechtlichen, familien- oder ebrechtlichen Verhältnissen begründeten.

mindern. Durch spezielle Vorschrift des Entwurfes selbst ist die Haftung des Schuldners aus besonderen Gründen gesteigert zu Ungunsten des Gastwirthes (§§ 626, 627). Daneben versteht sich, daß überall, wo durch das Gesetz dem Schuldner eine gewisse Garantie auferlegt ist, auch eine gesteigerte Haftung desselben eintritt.

Custodia. Der Regel des Entwurfes zufolge war es überflüssig, besondere Vorschriften über die Haftung für custodia aufzunehmen. Es ist nach dem konkreten Schuldverhältnisse zu prüfen, ob dem Schuldner eine Verpflichtung zur Bewahrung oder Beaufsichtigung des Gegenstandes seiner Vepflichtung obliegt. Trifft dies zu, so hat er die ihm nach dem betreffenden Schuldverhältnisse obliegende Sorgfalt auch in der besonderen Richtung auf die Bewahrung (custodia) zu bethätigen; übrigens ist es, falls in einem Schuldverhältnisse die Verpflichtung zur custodia überhaupt oder nur in Beziehung auf eine gewisse Gefahr besonders übernommen oder auferlegt worden, Sache der Auslegung, den Sinn dieser Verpflichtung zu ermitteln[1]). Der Entwurf hat auch von Aufstellung einer besonderen Vorschrift für die Fälle abgesehen, wenn Jemand die Leistung von Diensten oder Besorgung von Geschäften verspricht, welche eine besondere Geschicklichkeit, Fertigkeit, besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten erheischen. Solchenfalls wird in der Regel anzunehmen sein, der Schuldner habe die erforderliche Sachkunde, den Besitz der betreffenden Fertigkeit oder Kenntnisse zugesichert. Wer sich auf ein Geschäft einläßt, welches seinerseits eine besondere Sachkunde erfordert, ohne solche zu besitzen, handelt ebenso fahrlässig, als derjenige, welcher im Besitze der nöthigen Sachkunde solche bei Besorgung des Geschäftes nicht anwendet. Im Hinblicke auf die Regel des Entwurfes, wonach in den in Betracht kommenden Fällen immer für Fahrlässigkeit schlechtweg gehaftet wird und für das ganze Interesse aufzukommen ist, wäre eine besondere Bestimmung gegenstandslos.

Delikts-fähigkeit. Wer nicht deliktsfähig ist, kann auch seine obligatorischen Verpflichtungen nicht durch eine Handlung im juristischen Sinne verletzen (§ 224 Abs. 1 Satz 3, vergl. § 241). Dieses Prinzip mußte, obwohl es sich um ein höheres juristisches Axiom handelt, im Entwurfe zur Vermeidung des Anscheines einer Lücke um so mehr ausgesprochen werden, als derselbe in Abweichung von anderen Gesetzgebungen keine allgemeinen Normen über Handlungsfähigkeit enthält[2]). In der That kann ein Schuldner, wenn und so lange er des Vernunftgebrauches beraubt ist oder noch im Kindesalter steht, für seine Handlungen (Thun oder Unterlassen) nicht verantwortlich sein. Die durch solche Handlungen herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung kann nicht als durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand herbeigeführt angesehen werden. Es unterliegt aber auch keinem Bedenken, die in § 708 Satz 2 bestimmte Modifikation des Grundsatzes für diejenigen Fälle, in welchen der Vernunftgebrauch durch selbstverschuldete Betrunkenheit ausgeschlossen ist, sowie die in § 709 Abs. 2 enthaltene Vorschrift über die Verantwortlichkeit derjenigen Personen, welche

---

[1]) Vergl. §§ 614, 626, 627.

[2]) Die §§ 64 ff. handeln nur von der Geschäftsfähigkeit, die §§ 708, 709 von der Deliktsfähigkeit.

das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, auf obligatorische Rechtsverhältnisse für entsprechend anwendbar zu erklären. Aus der Vorschrift des Entwurfes ergiebt sich, daß, wo eine rechtliche Folge daran geknüpft wird, daß ein Umstand von dem Schuldner zu vertreten oder nicht zu vertreten sei, das Vorhandensein dieser Voraussetzung nicht nur davon abhängt, ob der Schuldner aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehandelt hat, sondern auch davon, ob nicht seine Verantwortlichkeit durch die Vorschriften der §§ 708, 709 ausgeschlossen ist. Die Vorschrift des § 707 wird für obligatorische Rechtsverhältnisse durch diejenige des § 241 gedeckt.

c) Haftung für Dritte: α. Hülfspersonen.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes des § 224 gilt gleichfalls allgemein für alle Schuldverhältnisse ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund, insbesondere auch für Legalobligationen. Sie befaßt sich mit der Haftung des Schuldners in Ansehung der Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses für das Verschulden derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der ihm nach dem Schuldverhältnisse obliegenden Leistung (zur Erfüllung) bedient, insbesondere mit der Haftung für Gehülfen [1]). Der Fall, wenn der Schuldner einen Dritten zu seiner rechtsgeschäftlichen Vertretung bestellt hat, kommt hier nicht in Betracht, weil die rechtsgeschäftliche Vertretung in der in Frage stehenden Beziehung an und für sich unerheblich erscheint und nur von Belang wird, wenn der Stellvertreter bei der Bewirkung der Leistung thätig ist, in welchem Falle derselbe als faktischer Vertreter jedem Anderen gleich steht, dessen sich der Schuldner bei der Bewirkung der Leistung bedient, sei es, daß dieser Andere die Leistung allein bewirkt oder dabei nur helfend thätig wird.

Geltendes Recht

Die Frage nach der erwähnten Haftung des Schuldners ist für das gemeine Recht eine der heutzutage meistbestrittenen [2]). Die eine Ansicht geht dahin, es sei im konkreten Falle zu prüfen, ob der Schuldner befugt sei, sich dritter Personen bei Bewirkung der Leistung zu bedienen, und, wenn dies bejaht werden müsse, so hafte der Schuldner für das Verschulden der Dritten, vorbehaltlich bestimmter gesetzlicher Ausnahmen (vergl. H. G. B. Art. 395, 400, 451), nur insofern, als er bei der Auswahl oder Aufsicht oder bei der etwa erforderlichen Instruktion gefehlt habe, während der Schuldner, wenn ihm die Zuziehung oder Zuhülfenahme Dritter nicht erlaubt gewesen, für deren Handlungen unbedingt einstehe. Dies ist auch überwiegend der Standpunkt des im Deutschen Reiche zur Zeit geltenden bürgerlichen Rechtes, wenn auch mit Modifikationen für einzelne Schuldverhältnisse [3]). Auf dem weit strengeren Standpunkte der regelmäßigen Haftung für die Gehülfen steht das franz. Recht (code civil Art. 1384). Der hess. Entw. und der bayr.

---

[1]) In Ansehung der Haftung des Geschäftsherrn (Auftraggebers) für Delikte der Angestellten (Beauftragten ꝛc.), begangen in Ausführung ihrer Verrichtungen, vergl. §§ 711—713, auch § 710.

[2]) S. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht XVI S. 289—382, Windscheid, Pand. § 401 Note 5, § 406 Note 6, § 410 Note 6.

[3]) Z. B. Werkverdingung, vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 929, 930, Dernburg II § 200, Eccius II § 138 S. 271 ff.

Entw. haben sich im Wesentlichen dem code civil angeschlossen[1]). Die Praxis der deutschen Gerichte hat auf dem Boden des gemeinen Rechtes an der erwähnten Ansicht im Wesentlichen festgehalten; in Ansehung des conductor operis ist jedoch unbedingte Haftung für das Verschulden der Gehülfen angenommen, auch wenn er in concreto nicht zur persönlichen Ausführung verpflichtet ist[2]). In der That ist der den letzteren Entscheidungen zum Grunde liegende, auch in der Theorie zunächst für den Werkvertrag, dann aber auch allgemeiner und in verschiedener Weise begründete Standpunkt legislativ im höchsten Grade beachtenswerth. Mit Recht läßt sich für den heutigen Verkehr sagen, daß der Schuldner, welcher sich der Hülfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handelt. In seiner Eigenschaft als Schuldner, welcher zur Leistung verpflichtet ist, kann er sich der Verantwortung, nach Maßgabe der von ihm in dem betreffenden Schuldverhältnisse zu beobachtenden Diligenz, für diejenigen nicht entschlagen, welche er bei den ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Handlungen zuzieht. Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Uebernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist. Der Standunkt der ersterwähnten Ansicht führt zu den größten praktischen Unzuträglichkeiten, ruft eine Menge von Streitigkeiten hervor und beeinträchtigt die Rechtssicherheit im höchsten Maße. Er hat in der neueren Zeit lebhafte Klagen veranlaßt, ist dem modernen Rechtsbewußtsein immer fremder geworden und daher kaum noch zu halten. Auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 115 hat ihn deshalb verlassen. Es erscheint hiernach gerechtfertigt, im Anschlusse an dieses Gesetz schlechthin die Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Leute zu bestimmen. Hierdurch ist man auch der Nothwendigkeit überhoben, eine erhebliche Zahl von Spezialbestimmungen zu treffen, welche bei Annahme des abgelehnten Prinzipes aufzustellen gewesen wären. Uebrigens ist bei der Vorschrift des Entwurfes vorausgesetzt, daß der Schuldner befugter Weise sich dritter Personen zu der oder bei der Bewirkung der Leistung bedient hat. That er dies im konkreten Falle unbefugt, so liegt schon in der Zuziehung Dritter eine Pflichtverletzung, deren Folgen der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen zu tragen hätte (arg. §§ 589 Satz 2, 616 Satz 2).

Standpunkt des Entwurfes

Der in Abs. 1 Satz 3 ausgedrückte Grundsatz gilt auch in Ansehung der Verantwortlichkeit für die Handlungen der Gehülfen. Diese Anwendbarkeit versteht sich geeignetenfalls von selbst.

β. Gesetzliche Vertreter.

Die Haftung des Schuldners für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters in Ansehung der Erfüllung, welche § 224 Abs. 2 weiter

---

[1]) Hess. Entw. IV, 2 §§ 211—213, bayr. Entw. II, Art. 62 ff., 513, 491, 695, 696; vergl. Zachariä II § 447, Goldschmidt a. a. O. S. 377.

[2]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XIII Nr. 25 S. 78; Seuffert's Archiv XXX Nr. 139; Entsch. des R. G. in Civils. X Nr. 45 S. 66.

ausspricht, kann nicht bezweifelt werden. Man hat derselben der Vollständigkeit wegen Erwähnung gethan[1]).

§ 225.

Die Vorschrift des § 224 bezüglich der Haftung des Schuldners ist eine dispositive (l. 23 D. de R. J. 50, $_{17}$; preuß. A. L. R. I, 5 § 283). Die Haftung kann durch Vereinbarung der Parteien, durch Bestimmung des sich durch einseitiges Versprechen Verpflichtenden, durch letztwillige Verfügung, auf welcher die Verpflichtung des Schuldners beruht, nicht nur gesteigert, sondern auch unter das gesetzliche Maß gemindert werden. Andererseits ist man allerseits darüber einverstanden und ist im bestehenden Rechte anerkannt, daß die Haftung wegen vorsätzlicher Nichterfüllung der Verbindlichkeit im Voraus nicht erlassen werden kann. Ein derartiger Erlaß widerspricht dem Wesen des Schuldverhältnisses[2]). Rechtsgeschäftliche Bestimmung der Haftung. wegen dolus

In der Doktrin des gemeinen Rechtes wird im Hinblicke auf die mehrfach betonte Gleichstellung des dolus und der culpa lata in Ansehung der Erfüllung bestehender Schuldverhältnisse, auch die Ungültigkeit einer Bestimmung, durch welche die Haftung für grobe Fahrlässigkeit erlassen wird, behauptet. Das Gleiche gilt auch für das franz. und das preuß. Recht (Zachariä a. a. O., Eccius I § 104 S. 702; vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 114 Abs. 1). Diese Anschauung ist nicht gerechtfertigt. Es läge in solcher Ausdehnung der Vorschrift des § 225 eine unhaltbare Beschränkung der Privatautonomie, für welche ein genügendes praktisches Bedürfniß sich nicht geltend machen ließe. Selbstverständlich ist dadurch im konkreten Falle die Untersuchung und der Nachweis nicht ausgeschlossen, daß das grob fahrlässige Verhalten durch den Erlaß der Haftung für Fahrlässigkeit nicht habe getroffen werden sollen, in einer solchen Beziehung zu dem Erlasse der Haftung für dasselbe stehe, daß in der That Vorsatz anzunehmen ist. culpa lata.

Den Zweifel, ob im Falle eines einem Vertrage beigefügten pactum, ne dolus praestetur, die Gültigkeit des ganzen Vertrages nach der Vorschrift des § 114 in Frage gestellt werden könne oder ob durch die Vorschrift des § 225 lediglich das Hauptgeschäft von dem Einflusse des pactum, ne dolus praestetur, befreit werde, jenes also im Uebrigen gültig bleibe, hat der Entwurf nicht ausdrücklich entschieden. Die Entscheidung wird davon abhängen, ob angenommen werden darf, daß die Parteien das ganze Rechtsgeschäft ohne das verwerfliche pactum überhaupt nicht gewollt hätten.

---

[1]) Haftung des Vertretenen, besonders Geschäftsunfähiger, für Delikte des gesetzlichen Vertreters (des Vormundes) ist dem Entwurfe unbekannt; Ausnahmen in gewissem Sinne enthalten die Vorschriften der §§ 46, 61. Der Entwurf entscheidet auch die Frage nicht, ob es sich im Falle eines von einem (gesetzlichen) Vertreter bei Abschluß eines Rechtsgeschäftes begangenen Betruges oder sonstigen Verschuldens (z. B. §§ 97, 99, 345, 347) um Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten oder um deliktmäßige Haftung handelt.

[2]) Windscheid § 265 Nr. 1; Eccius I § 104 S. 702; Zachariä II § 299 Abs. 13; sächs. G. B. § 123; schweiz. Bd. Ges. Art. 114 Abs. 1; bayr. Entw. Art. 114, dresd. Entw. Art. 227 Abs. 2; vergl. §§ 359, 106, 380 Abs. 2. § 396 Abs. 2, § 570.

§ 226.

d) Person des Erfüllenden.

α Erfüllung durch den Schuldner,

Die Vorschrift des § 226 (Windscheid, Pand. II § 342 Nr. 4; Eccius I § 83; sächs. G. B. § 690; schweiz. Bd. Ges. Art. 77; code civil Art. 1237, Zachariä II § 316; hess. Entw. IV Art. 278, 279 Abs. 1, bayr. Entw. II Art. 82 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 233) folgt, indem sie als Regel aufstellt, daß der Schuldner nicht in Person zu leisten habe, den durch natürliche Verhältnisse gerechtfertigten Anschauungen des Verkehrslebens. Kommt es bei der geschuldeten Leistung auf die Persönlichkeit des Leistenden an, so folgt aus dem Wesen des Schuldverhältnisses, wonach die Erfüllung der durch dasselbe begründeten Verbindlichkeit nach dem Inhalte und Gegenstande desselben vollständig (§ 224 Satz 1) geschehen muß, die Verbindlichkeit des Schuldners, in Person zu leisten. Ob der Fall einer solchen Verbindlichkeit vorliegt, darüber entscheidet, von besonderer Verabredung abgesehen, die Natur des einzelnen Schuldverhältnisses, wonach insbesondere auch im konkreten Falle zu entscheiden ist, ob das Schuldverhältniß derart auf persönliche Erfüllung durch den Schuldner gerichtet ist, daß er nicht einmal Gehülfen zur Bewirkung der Leistung zuziehen darf, oder ob er sich solcher zu bedienen berechtigt ist. Nur in wenigen Fällen, für den Auftrag (§ 588)[1]), für den Hinterlegungsvertrag (§ 616), sowie hinsichtlich der Verpflichtung der im Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter (§ 639, vergl. § 638 Abs. 1 am Schlusse) konnte im Hinblicke auf das diesen Schuldverhältnissen zu Grunde liegende Vertrauensverhältniß eine allgemein zutreffende Auslegungsregel gegeben werden.

§ 227.

β. durch Dritte;

Der Inhalt des § 227 stimmt im Wesentlichen mit der modernen Gesetzgebung (preuß. A. L. R. I, 16 §§ 43, 49, 51; sächs. G. B. § 690; code civil Art. 1236; hess. Entw. Art. 279, Mot. dazu S. 146, bayr. Entw. Art. 82, 165, Mot. dazu S. 104, dresd. Entw. Art. 233) und mit dem gemeinen Rechte, wenigstens mit der durch anerkannte Autoritäten vertretenen Auffassung des letzteren, überein (vergl. Windscheid § 342 Ziff. 4). Nach dieser Vorschrift kann, falls es bei der Leistung auf die Persönlichkeit des Schuldners nicht ankommt (§ 226), jeder unbetheiligte Dritte an Stelle des Schuldners, selbst ohne dessen Einwilligung, leisten, also auch mit Erfolg dem Gläubiger anbieten; und nur, wenn der Schuldner der Annahme widerspricht, ist die Nichtannahme seitens des Gläubigers ohne rechtlichen Erfolg, indem der Gläubiger nicht in Annahmeverzug geräth. Widerspricht der Schuldner nicht, so muß der Gläubiger, um nicht in Annahmeverzug zu gerathen, die von dem Dritten angebotene Erfüllung annehmen. Der Schuldner wird aber befreit, auch wenn der Gläubiger gegen seinen Widerspruch die Leistung des Dritten angenommen hat. Der Gläubiger kann übrigens durch Nichtannahme der ihm durch einen unbetheiligten Dritten angebotenen Leistung, gerade wie

Widerspruch des Schuldners.

---

[1]) Vergl. § 1908 (Testamentsvollstrecker).

dem Anbieten des Schuldners selbst gegenüber, nur dann in Annahmeverzug gerathen, wenn ihm gerade das und alles das angeboten wird, was er nach dem konkreten Schuldverhältnisse zu fordern hat, und wenn das Anerbieten in der Weise erfolgt, wie es dem Schuldverhältnisse entspricht (§§ 254, 255; vergl. preuß. A. L. R. I, 16 § 49; Entsch. des R. G. in Civils. VII Nr. 60 S. 196 ff.). Die Vorschrift des § 227 hat zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Dritte, um die Schuld zu tilgen, an den Gläubiger leistete, daß er also nicht, um dessen Forderung gegen den Schuldner zu erwerben, die Leistung bewirken will, bezw. bewirkte [1]). Eine allgemeine Vermuthung in dieser Richtung stellt der Entwurf nirgends auf. Auch darüber, ob und welche Regreßansprüche dem Dritten aus der solvendi causa erfolgten Leistung gegen den Schuldner erwachsen, falls letztere nicht schenkungshalber erfolgte [2]), läßt sich keine allgemeine Regel geben und an diesem Orte nichts bestimmen.

§ 228.

e) Art der Leistung. Theilleistung.

Daraus, daß der Schuldner verpflichtet ist, gerade dasjenige, was er nach dem betreffenden Schuldverhältnisse schuldet, und zwar vollständig zu leisten, folgt, daß er, auch wenn der Gegenstand der Leistung theilbar ist, nicht berechtigt ist, nur theilweise zu leisten, der Gläubiger also sich eine nur theilweise Erfüllung nicht gefallen zu lassen braucht, vorausgesetzt, daß nicht nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses Theilleistung geboten oder zulässig ist. Letzterenfalls, z. B. wenn nach Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes eine Leistung in Absätzen erforderlich ist, wäre die Theilleistung obligationsmäßig. Abgesehen hiervon stände aber, falls der Schuldner eine Theilleistung machen wollte, sein Verzug in Frage, während der Gläubiger durch Ablehnen der angebotenen Theilleistung nicht in Verzug käme. Es kommt hiernach in dieser Richtung auf die Prüfung des Einzelfalles an. In diesem Sinne stimmt die Vorschrift des § 228 mit dem bestehenden Rechte überein (Windscheid, Pand. II § 342 Nr. 2; preuß. A. L. R. I, 16 § 57; österr. G. B. § 1415; sächs. G. B. § 695; code civil Art. 1244 Satz 1, 1220 Satz 1; hess. Entw. § 226 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 82 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 239 Satz 2). Hiernach bestimmt sich auch das Ablehnungsrecht des Gläubigers in dem Falle, wenn der Schuldner außer dem Hauptgegenstande noch Akzessionen schuldet (z. B. Kapital und Zinsen) und nur die Leistung des ersteren anbietet [3]).

Richterliche Zahlungsfristen.

Von einer Wiederherstellung der durch § 14 Nr. 4 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. beseitigten Befugniß des Richters zur Ertheilung von Zahlungsfristen, wie sie nach einigen Partikularrechten bestand, konnte so wenig die Rede sein, als von einer Anerkennung des sogenannten beneficium com-

[1]) §§ 676 (337 Abs. 2), 1081, 1094, 1164; vergl. §§ 2115, 2133.

[2]) §§ 437, 438; vergl. preuß. A.L.R. I, 16 §§ 45—48, Eccius § 91 Nr. 2, § 99 Nr. 1 Lit. b; Entsch. des R.G. in Civils. III Nr. 15 S. 47 ff., VII Nr. 60 S. 198.

[3]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXV Nr. 64 S. 258 ff.; vergl. § 268.

petentiae[1]). Nicht zu verwechseln mit letzterem ist jedoch der nicht seltene Vertrag, durch welchen die Verbindlichkeit des Schuldners in id quod facere potest beschränkt wird. Die Auslegung solcher Verträge ist der Praxis zu überlassen und erheischt keine gesetzliche Normirung.

§§ 229, 230.

f) Ort der Leistung: Ermittelung desselben;

Zur vollständigen gehörigen Leistung (§ 224 Abs. 1) gehört, daß die Leistung am richtigen Orte bewirkt wird. Kein Theil kann verlangen, daß an einem anderen, als an dem nach dem betreffenden Schuldverhältnisse maßgebenden Orte geleistet werde (sächs. G. B. § 710)[2]). Der Leistungsort kann, abgesehen von gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Festsetzung[3]), schon durch die Beschaffenheit der Leistung zweifellos bestimmt sein, z. B. wenn die Verpflichtung gerichtet ist auf Uebergabe eines Grundstückes, auf Auflassung desselben, Herstellung eines Werkes an einer bestimmten Stelle (preuß. A. L. R. I, 5 § 247, I, 16 § 27; sächs. G. B. §§ 702, 708; hess. Entw. Art. 229, bayr. Entw. Art. 97 Abs. 1, 98, dresd. Entw. Art. 255 Abs. 1; schweiz. Bd. Ges. Art. 84; code civil Art. 1247 Satz 1). Vielfach enthalten jedoch die Rechtsgeschäfte keine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung in Ansehung des Erfüllungsortes, ebenso wird das Gesetz in dieser Richtung nur selten eine deutliche Auskunft geben. Wenn aber eine solche Bestimmung nicht vorliegt, diese auch nicht durch die Beschaffenheit der Leistung gegeben ist, so ist damit bei Rechtsgeschäften noch nicht die nähere Ermittelung ausgeschlossen, ob nicht ein gewisser Erfüllungsort als bestimmt zu gelten hat. Auch wo die äußere Erklärung keinen Anhalt bietet, wird sich eine Ergänzung nicht selten aus der Maßgeblichkeit von Treu und Glauben (vergl. § 359) für die Ermittelung des Inhaltes der Verpflichtung ergeben. Es ist demnach im Einzelfalle auch außerhalb der Worte und konkludenten Handlungen nach dem muthmaßlichen, d. h. den Umständen des Falles entsprechenden Willen zu forschen. Dies mußte im Gesetze (§ 229; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O., bayr. Entw. Art. 98 H. G. B. Art. 324 Abs. 1) ausgesprochen werden, weil sonst die Gefahr nahe läge, daß häufig die mehr versteckte und in der äußeren Erklärung nicht hervortretende Willensmeinung unbeachtet bliebe und die nur subsidiäre Vorschrift im § 230 zu frühe und daher ungebührlich angewendet würde (Entsch. des R. G. in Civils. X Nr. 81 S. 284 ff.).

subsidiäre Vorschriften: α allgemeine,

Die subsidiären Vorschriften des preuß. A. L. R. unterscheiden zwischen kontraktlichen und außerkontraktlichen Verhältnissen. Für Verträge, welche auf das Geben einer Sache oder Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind, ist, von freigebigen Verträgen abgesehen, der Ort, wo der Berechtigte zur Zeit des

---

[1]) Sächs. G. B. §§ 712, 715, österr. G. B. § 904 Satz 3, Wächter, württemb. Privatrecht II S. 732 Note 15, Unger, System &c. II § 83 Art. 35, Seuffert's Archiv IX Nr. 15, XIV Nr. 121, XV Nr. 7, 218, XX Nr. 111, 112, XXIII Nr. 217, 268, XXVII Nr. 105, 213, XXIX Nr. 226.

[2]) Vergl. aber § 285.

[3]) Vergl. §§ 446, 620, 618.

geschlossenen Vertrages gewohnt hat, und, wenn die Leistung in einem Thun besteht, der Wohnort des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses maßgebend (A. L. R. I, 5 §§ 248—250; nach österr. G. B. § 905 der Ort, wo der Vertrag geschlossen worden ist), während für außerkontraktliche Leistungen der Ort, wo der Schuldner wohnt, als Erfüllungsort bestimmt ist (I, 16 §§ 52, 27; ebenso österr. G. B. § 1420). Das sächs. G. B. § 705 stellt den Ort, wo die Forderung entstanden ist, und wenn hierüber Gewißheit nicht zu erlangen ist, den Ort, wo der Verpflichtete zur Zeit der Entstehung der Forderung seinen Wohnsitz gehabt hat, und, wenn auch dieser nicht auszumitteln ist, den Ort, wo der Verpflichtete sich zur Zeit der Erfüllung aufhält, als Erfüllungsort auf. Die subsidiäre Vorschrift (§ 230) muß zur Vermeidung einer schädlichen Kasuistik und kann auch im Hinblicke auf die Vorschrift in § 229 eine einfache sein. Ihren Inhalt anlangend, so ist zunächst die Maßgeblichkeit des Wohnortes des Gläubigers als prinzipiell richtig nicht anzuerkennen. Dieselbe enthielte in vielen Fällen für den Schuldner die Auflage einer Mehrleistung, welche über den Inhalt der rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Bestimmung hinaus ginge, und für welche ein genügender Grund nicht vorhanden ist. Viel näher liegt, nach dem Vorgange des H. G. B. Art. 324 Abs. 2 Satz 1, des schweiz. Bd. Ges. Art. 84 Abs. 2 Ziff. 3, des hess. Entw. Art. 230, bayr. Entw. Art. 99 Abs. 2 und des dresd. Entw. Art. 255 Abs. 2 den Wohnsitz (Entwurf §§ 34 ff.) des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses für maßgebend zu erklären. Jede andere Regelung würde die Verpflichtung desselben verschärfen (vergl. auch code civil Art. 1247). Wenn hiernach im einzelnen Falle der Leistungsort an sich nach dem Wohnsitze des Schuldners sich bestimmt, so tritt für den Fall des Mangels eines solchen der Aufenthaltsort des Schuldners zu der genannten Zeit an die Stelle desselben. Dies ergiebt sich als nothwendige Rechtsfolge der Vorschrift aus dieser von selbst. Eine Bestimmung für den Fall des mehrfachen Wohnsitzes ist überflüssig, weil er durch die Vorschriften über die Alternativobligationen (§§ 207 ff.) gedeckt ist.

Neben der Regel des § 230 Abs. 1 erscheint eine besondere Bestimmung für den Fall entbehrlich, daß spezielle (bewegliche) Sachen geschuldet werden. Die in der Gesetzgebung diesfalls gegebenen Vorschriften (vergl. sächs. G. B. § 706; schweiz. Bd. Ges. Art. 84 Abs. 2 Satz 2; H. G. B. Art. 324, Abs. 2; code civil Art. 1247 Satz 2; hess. Entw. Art. 230, bayr. Entw. Art. 99 Abs. 1) weisen, namentlich durch die Bezugnahme auf das Wissen der Betheiligten um den Ort, wo sich die Sachen befinden, darauf hin, daß der nur nicht klar ausgesprochene Wille der Betheiligten für die Bestimmung des Erfüllungsortes maßgebend sein solle. Es handelt sich also um eine einzelne Anwendung der in § 229 ausgesprochenen Regel. Auch in Ansehung der Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen (vergl. sächs. G. B. § 708, dresd. Entw. Art. 256) ist eine besondere Vorschrift zu entbehren. Aus der Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, bezw. zur vollen Schadloshaltung (§§ 218, 219) ergiebt sich die Bestimmung des richtigen Leistungsortes. Sind für ein Schuldverhältniß mehrere Leistungsorte bestimmt (vergl. preuß. A. L. R. I, 5 § 251; sächs. G. B. §§ 703, 704; hess. Entw. Art. 228, bayr. Entw. Art. 97 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 257), so ist es eine Interpretationsfrage, ob

die Nennung der mehreren Orte kumulativ oder alternativ gedacht ist, desgleichen nach welchen Theilen ersterenfalls die Leistung an den verschiedenen Orten zu bewirken ist. Steht aber fest, daß die Leistung an dem einen oder dem anderen Orte zu bewirken ist, so liegt wieder ein Fall einer Alternativobligation vor (§§ 207 ff.).

β. für Geldzahlungen, Von der Regel des ersten Absatzes des § 230 ist, gleichfalls im Sinne einer gegenüber dem § 229 subsidiären Vorschrift, für Geldzahlungen die der Verkehrssitte entsprechende Ausnahme bestimmt, daß solche an dem Orte, an welchem der Gläubiger zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz (eventuell seinen Aufenthalt) hatte, zu bewirken sind (ebenso sächs. G. B. § 707, schweiz. Bd. Ges. Art. 84 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 84 Abs. 2 Ziff. 1; vergl. H. G. B. Art. 325). Für Geldschulden ist durch die Bestimmung des § 230 Abs. 2 der heutigen Verkehrssitte entsprechend zugleich ausgesprochen, daß sie regelmäßig sogenannte Bringschulden sind. Die für Auszahlung von indossabelen oder auf Inhaber lautenden Papieren zu machende Ausnahme (H. G. B. a. a. O.) ergiebt sich aus der Natur der betreffenden Schuldverhältnisse (§ 229). Während man Bedenken trug, für die in § 230 Abs. 1 ausgesprochene subsidiäre Regel einer Veränderung des Wohnsitzes des Schuldners, als einem lediglich in der Person des einen Betheiligten neu eintretenden Umstande, einen das Schuldverhältniß alterirenden Einfluß einzuräumen, erklärt der Entwurf ferner (Abs. 2 Satz 2) bei einer Geldschuld im Falle der Veränderung des Wohnsitzes des Gläubigers den Schuldner für verpflichtet, dem ersteren das Geld an den gegenwärtigen Wohnsitz zu übersenden, jedoch auf Kosten und Gefahr des Gläubigers, während im Falle des Abs. 2 Satz 1 die Versendung auf Kosten und Gefahr des Schuldners geht. Eine solche Verpflichtung beschwert den Schuldner nur unbedeutend und kann ihm sogar zum Vortheile gereichen, während sie für den Gläubiger vom größten Werthe ist. Für bedenklich erachtete man, diese Verpflichtung des Schuldners nur für den Fall auszusprechen, wenn aus der Wohnsitzänderung sich keine namhafte Belästigung für ihn ergiebt (schweiz. Bd. Ges. Art. 84 Ziff. 1, Art. 85), weil die Frage, ob eine Belästigung anzunehmen, eventuell ob diese eine erhebliche ist, zu häufigen Streitigkeiten führen müßte, von einer solchen auch im unterstellten Falle kaum einmal die Rede sein kann. Diese Verpflichtung des Schuldners zur Geldübersendung erscheint auch angemessener und einfacher, als die Beilegung des Rechtes an den Schuldner, dem Gläubiger das Geld an seinen neuen Wohnsitze (nur) dann zu übersenden, wenn der Gläubiger am alten Wohnsitze keinen Empfangsbevollmächtigten aufgestellt hat (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 772, 773).

bei Veränderung des Wohnsitzes des Gläubigers.

Wegen der landesgesetzlichen Vorschriften, betreffend das Vorrecht der öffentlichen Kassen, daß immer denselben gebracht und von denselben geholt werden müsse (preuß. A. L. R. I, 16 § 53, I, 11 §§ 776, 777; sächs. G. B. § 709), hielt man einen Vorbehalt nicht für erforderlich. Wenn dieses Vorrecht zweifellos auch bezüglich civilrechtlicher Forderungen gilt, so ist es doch meist durch die Vorschriften der §§ 229, 230 gesichert, indem die Anwendung derselben zu dem von jenen landesgesetzlichen Vorschriften bezweckten Resultate führen wird. Eventuell ist zu erwarten, daß man sich bei dem Abschlusse von Verträgen entsprechend vorsieht.

γ. Vorrechte öffentlicher Kassen.

§ 231.

Zur vollständigen Bewirkung der geschuldeten Leistung gehört die rechtzeitige Bewirkung derselben (§ 224 Abs. 1; preuß. A. L. R. I, 16 § 15). — In Uebereinstimmung mit dem bestehenden Rechte spricht der Entwurf zunächst aus, daß, falls für die Leistung eine Zeit nicht bestimmt ist, der Gläubiger die Leistung sofort zu fordern berechtigt ist, daß also mit der Begründung der Verbindlichkeit der Anspruch fällig ist (§ 158 Abs. 1)[1]. Aber auch der Schuldner ist sofort zu leisten berechtigt, was hervorzuheben schon im Hinblicke auf die Bestimmungen über Annahmeverzug (§ 254 ff.) dienlich erscheint. Die Fälligkeit des Anspruches auf eine Leistung, für deren Bewirkung eine Zeit nicht bestimmt ist, hat jedoch nicht die Wirkung, daß der Schuldner, um nicht in Verzug zu kommen, ohne Aufforderung des Gläubigers leisten müßte (vergl. § 245 Abs. 1). — Auf verschiedene Weise wird in einem Theile der bestehenden Gesetze der auch gemeinrechtlich anerkannte Satz hervorgehoben, daß dem Schuldner je nach der Beschaffenheit der Leistung zu deren Bewirkung ein modicum tempus gelassen werden müsse (preuß. A. L. R. I, 5 § 230, vergl. Eccius I § 83 S. 494 ff.; österr. G. B. § 904; hess. Entw. Art. 233, bayr. Entw. Art. 106, dresd. Entw. Art. 258; H. G. B. Art. 326). Mit anderen Gesetzen (sächs. G. B. § 711; schweiz. Bd. Ges. Art. 86) hielt man einen derartigen Ausspruch für entbehrlich. Eine sofortige vollständige Leistung ist selbstverständlich dann ausgeschlossen, wenn es nach der Natur der Leistung einer gewissen Zeit zur Vollendung derselben bedarf, ebenso, wenn die Bewirkung nicht sofort beginnen kann, weil sie eine gewisse Vorbereitung auf Seiten des Schuldners erfordert. In anderen Fällen kann dem Gläubiger nicht immer die sofortige Empfangnahme zugemuthet werden, sondern es muß auch diesem mitunter eine gewisse Zeit zum Empfange und zur Vorbereitung der Annahme gelassen werden. Ueberdies kann die sofortige Leistung auch wegen anderer in concreto zu berücksichtigender Umstände als dem obligationsmäßigen Interesse des einen oder anderen Theiles widersprechend sich ergeben (H. G. B. Art. 326). Es ist daher in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob und inwieweit wegen besonderer Umstände die Regel einer Ausnahme unterliegt. Es versteht sich von selbst, daß sie keine Anwendung findet, wenn im Wege der durch sie nicht ausgeschlossenen Auslegung des betreffenden Gesetzes oder Rechtsgeschäftes sich ergiebt, daß die sofortige Leistung nicht gewollt ist (vergl. §§ 73, 359).

g) Zeit der Leistung: α. unbestimmt,

Für den Fall, daß für die Leistung eine Zeit bestimmt ist (vergl. § 141), stellen das sächs. G. B. § 717, der code civil Art. 1187, der hess. Entw. Art. 108, 231, der bayr. Entw. Art. 101, dresd. Entw. Art. 260, sowie das schweiz. Bd. Ges. Art. 94 im Anschlusse an das gemeine Recht die Regel auf, daß im Zweifel die Zeitbestimmung als lediglich im Interesse des Schuldners beigefügt anzusehen sei. Der Gläubiger kann hiernach vor der bestimmten Zeit die Leistung nicht fordern, wohl aber darf der Schuldner schon vor dem Eintritte der Zeit leisten, also mit Wirksamkeit auch anbieten (§§ 254, 255). Nach der Regel des preuß. A. L. R. kann dagegen vor Ablauf der bestimmten Zeit

β. bestimmt;

[1] Ausnahme z. B. §§ 1867, 1877.

wider Willen des einen oder anderen Theiles die Erfüllung weder gefordert noch geleistet werden (I, 5 §§ 241—245, I, 16 § 56; vergl. I, 11 §§ 757, 758, 935; ebenso österr. G. B. § 1413); nur zu Gunsten des mit einem Vermächtnisse belasteten Erben ist die gemeinrechtliche Regel anerkannt (I, 12 § 330). Das H. G. B. (Art. 334 Abs. 1) überläßt der Beurtheilung nach der Natur des Geschäftes und der Absicht der Kontrahenten die Feststellung, ob ein bestimmter Verfalltag nur zu Gunsten eines der Kontrahenten hinzugefügt worden ist. Die Auslegungsregel des Entwurfes (Abs. 2) schließt sich dem Standpunkte des gemeinen Rechtes an[1]). Mögen heutzutage die Fälle, in welchen auch der Gläubiger ein rechtliches Interesse hat, daß die Leistung nicht vor der festgesetzten Zeit erfolge, häufiger sein, als zur Zeit der römischen Juristen, so entspricht die Regelung des Entwurfes doch im Durchschnitte der Verkehrsauffassung und der Intention der Parteien oder des Gesetzes. Ohne eine solche Bestimmung würde im bürgerlichen Verkehre in zahlreichen Fällen Streit über den Sinn einer Zeitbestimmung entstehen. Ergiebt sich im Einzelfalle, daß die Zeit auch zu Gunsten des Gläubigers bestimmt ist, so tritt die Auslegungsregel des Abs. 2 selbstverständlich zurück; der Gläubiger braucht vor dem Eintritte der Zeit die Leistung nicht anzunehmen; die vorzeitig angebotene Leistung ist solchenfalls nicht die obligationsmäßige. Neben der Auslegungsregel des Entwurfes erscheint eine besondere Bestimmung über den Fall, wenn eine verzinsliche Geldschuld in Frage steht, nicht als erforderlich, aber auch im Hinblicke auf die Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle nicht als unbedenklich. Nicht zu verkennen ist jedoch, daß solchenfalls in häufigen, wenn nicht in den meisten Fällen nach der Verkehrssitte und nach der Intention der Betheiligten die Beifügung der Zeitbestimmung auch als im Interesse des Gläubigers erfolgt anzusehen sein wird und deshalb die Auslegungsregel des Entwurfes wenigstens insoweit zurücktreten muß, als der Anspruch auf Zinsen in Frage gestellt wird.

γ. besondere Fälle. In der bestehenden Gesetzgebung werden für den Fall, daß die Zeit der Leistung in unbestimmten Ausdrücken (z. B. „ehestens, sobald als thunlich oder möglich, in Kurzem, bei guter Gelegenheit, nach und nach") bezeichnet ist, gewisse Regeln gegeben, welche im Wesentlichen darauf hinauslaufen, daß das Gericht im Streitfalle die Zeit der Leistung nach seinem Ermessen festzustellen habe[2]). Das sächs. G. B. fügt für Geldschulden die positive Bestimmung bei, daß der Schuldner vor Ablauf eines halben Jahres nach Entstehung der Schuld zur Zahlung nicht angehalten werden könne. Das preuß. A. L. R. (I, 5 §§ 236—238) unterscheidet zwischen dem Falle, wenn die Verbindlichkeit an sich nicht aus dem Vertrage allein entstanden, sondern schon vor dem Vertrage ein rechtlicher Grund dazu vorhanden war, und dem Falle, wenn die Verbindlichkeit blos durch den Vertrag begründet und in diesem auch die Erfüllung in dergleichen unbestimmten Ausdrücken versprochen worden ist. Ersterenfalls tritt die richterliche Bestimmung der Zeit der Leistung ein, letzterenfalls soll die Zeit

---

[1]) Vergl. hierzu § 281 Abs. 1.

[2]) Vergl. österr. G.B. § 904, code civil Art. 1901, sächs. G.B. § 712, hess. Entw. IV, 1 Art. 234, bayr. Entw. Art. 105, dresd. Entw. Art. 262.

der Leistung lediglich von der Bestimmung des Verpflichteten abhängen. Ueber die Unangemessenheit dieser Vorschriften sind die Schriftsteller des preuß. Rechtes einer Meinung (Eccius I § 83 Anm. 28, 29 S. 494). Der Entwurf enthält sich jeder besonderen Bestimmung über die angedeuteten Fälle. Es versteht sich von selbst, daß, wenn bei feststehender, zweifelloser Leistungsverpflichtung nur die Zeit der Leistung in den vorausgesetzten allgemeinen Ausdrücken bestimmt ist, im Streitfalle der Richter über die Leistungszeit zu entscheiden und unter Würdigung aller Umstände das Angemessene, Gerechte und Billige zu bestimmen hat. Es trifft im Wesentlichen dasselbe zu, wie dann, wenn vertragsmäßig die Verbindlichkeit des Schuldners in id, quod facere potest, beschränkt wird. Immer handelt es sich um interpretative Erforschung der Absicht der Betheiligten nach den Umständen des Falles. Auch für die Fälle, in denen die Zeit der Leistung dergestalt bestimmt ist, daß sie in „einigen" oder „etlichen" Jahren, Monaten, Wochen, Tagen erfolgen soll, erscheint eine Auslegungsregel überflüssig[1]). Im Verkehre sind solche Fälle sehr selten. Kommen sie vor, so ist die Entscheidung gleichfalls im Wege der Auslegung der konkreten Umstände zu treffen. Aus ähnlichen Gründen ist eine Bestimmung, wie sie im sächs. G. B. § 713 (dresd. Entw. Art. 263) für den Fall, daß die Zeit der Leistung auf den Eintritt eines künftigen Ereignisses gestellt ist, gegeben wird, daß nämlich die Fälligkeit eintrete, sobald der Nichteintritt des Ereignisses entschieden ist, entbehrlich, andererseits wäre sie auch keineswegs für alle solche Fälle passend. Da und dort ist für den Fall, wenn die Zeit der Leistung dem Belieben des Schuldners überlassen ist, besonders bestimmt, daß die Leistung von dem Gläubiger erst nach dem Tode des Schuldners gefordert werden könne, daß jedoch, falls die Leistung eine streng persönliche ist, die Zeit derselben schon bei Lebzeiten des Schuldners durch den Richter zu bestimmen sei[2]). Als Interpretationsgrundsatz gedacht kann jedoch der Richter diese Bestimmung da, wo sie sich nach den Umständen des Falles als passend erweist, auch ohne besondere Gesetzesvorschrift zur Anwendung bringen. Abgesehen hiervon erhält die Bestimmung eine keineswegs selbstverständliche und für manche Fälle auch eine wohl zu begründende Rechtsnorm. Immerhin bleibt aber eine allgemeine Regel der Art bedenklich, weil sie nur richtig sein könnte, wenn die Leistungspflicht selbst zweifellos feststeht und nur die Zeit der Leistung von dem Belieben des Schuldners abhängen soll, gerade in vielen Fällen der Art aber die Leistungspflicht selbst in Zweifel zu ziehen ist, welcher Zweifel doch nur im Wege der Auslegung unter Würdigung aller Umstände seine Lösung finden kann. Besser und vorsichtiger ist es demnach, von einer derartigen allgemeinen Bestimmung abzusehen[3]). Endlich glaubte man, für den bürgerlichen Verkehr Vorschriften darüber entbehren zu können, zu welcher Tageszeit zu leisten ist, sowie über die Pflicht zur Leistung an Sonn- und Feiertagen, eventuell, ob

---

[1]) Vergl. hess. Entw. Art. 234, bayr. Entw. Art. 105, dresd. Entw. Art. 262.

[2]) Preuß. A.L.R. I §§ 238—240; sächs. G. B. § 715; hess. Entw. Art. 235, bayr. Entw. Art. 104, dresd. Entw. Art. 264.

[3]) Vergl. § 1766.

an den diesen Tagen vorausgehenden oder nachfolgenden Tagen zu leisten ist. Aehnliche Bestimmungen wie sie das H. G. B. (Art. 329, 332) giebt, dürften für den bürgerlichen Verkehr auch kaum passen. Auch eine allgemeine Bestimmung über die Pflicht zur Vorausentrichtung von Unterhaltsbeiträgen erachtete man nicht für veranlaßt. Die Vorschriften über den Leibrentenvertrag (§ 661, vergl. § 724 Abs. 7, § 726 Abs. 1, § 727 Abs. 1, §§ 734, 736) und über die gesetzliche Alimentationspflicht (§§ 1491, 1574, 1454)[1]) genügen.

§ 232.

Interusurium.

Die Vorschrift des § 232, welche dem eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit ohne rechtlichen Zwang zahlenden Schuldner das Recht zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen (Interusurium) abspricht, folgt aus der Natur der Sache und steht in Uebereinstimmung mit der überwiegenden gemeinrechtlicher Theorie, sowie mit dem sonstigen geltenden Rechte (vergl. für Preußen besonders Eccius I § 91 S. 567, § 68 S. 409 ff., sächs. G. B. § 719, bayr. Entw. Art. 102, dresd. Entw. Art. 226, H. G. B. Art. 334 Abs. 2, schweiz. Bd. Ges. Art. 94). Es erübrigt hiernach auch eine Bestimmung über die Berechnung des Interusuriums. Ist der Gläubiger einmal durch Vertrag zur Gestattung des Abzuges des Interusuriums verpflichtet oder läßt er sich den Abzug freiwillig gefallen, so mögen die Parteien sich auch über die Berechnung vereinigen. Wenn das Gesetz aus besonderen Gründen den Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung vor der Fälligkeit zuläßt, wird es auch die Berechnungsweise für den Zwischenzins festsetzen; vergl. § 1073.

II. Zurückbehaltungsrecht.

§ 233.

II. Obligatorisches Zurückbehaltungsrecht.

Die §§ 233—236 regeln das obligatorische Zurückbehaltungsrecht. In der Theorie besteht bekanntlich sowohl über das Wesen dieses Rechtes, als insbesondere über die Fälle, in welchen es begründet sei, große Meinungsverschiedenheit. Es wird sogar behauptet, es lasse sich gar kein Prinzip für dieses Recht aufstellen, da die einzelnen Fälle, in welchen es anerkanntermaßen stattfindet, juristisch zu verschieden seien (Seuffert's Archiv XXIII Nr. 8, XXIV Nr. 105).

a) Gesetzgebung.

Auch in der Gesetzgebung ist die Behandlung des Retentionsrechtes eine verschiedene. Das österr. G. B. (§§ 336, 474) versagt diesem Rechte, abgesehen von den Fällen, in welchen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages begründet ist, die Anerkennung vollständig, indem es auf Arrest und Sequestration verweist. Auch der hess. Entw. kennt das Retentionsrecht nicht. Anderwärts (code civil Art. 867, 1653, 1673, 1749, 1885, 1948, 2082 Zachariä I § 184 S. 464; bayr. Entw. III, 3 Art. 170) ergiebt sich die Anerkennung des Zurückbehaltungsrechtes und der Umfang dieser Anerkennung nur aus der Regelung einzelner Anwendungsfälle. Allgemeine prinzipielle

---

[1]) Vergl. §§ 1280, 1281, § 1339 Abs. 2.

Bestimmungen haben aufgenommen das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 536 ff., das sächs. G. B. §§ 767—769, der dresd. Entw. Art. 267—268, sowie das schweiz. Bd. Ges. Art. 224—228, letzteres jedoch im Wesentlichen unter Adoptirung der Bestimmungen des H. G. B. Art. 313 ff. über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.

Die Uebergehung oder der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes überhaupt kam für den Entwurf nicht in Frage. Zweifellos entspricht die Zulassung dieses Rechtes in zahlreichen Fällen der Rechtsanschauung und einem dringenden Bedürfnisse des Verkehres. Arrest und Sequestration bilden keinen Ersatz für das im Zurückbehaltungsrechte liegende präsente Sicherungsmittel. Fraglich konnte nur erscheinen, ob das Zurückbehaltungsrecht in einzelnen Fällen seiner Zulässigkeit und Anwendbarkeit dem Schuldner zuzusprechen oder allgemeine Bestimmungen über die Voraussetzungen und Wirkungen desselben aufzustellen seien. Bei der Wahl des ersteren Weges müßte jenes Recht in jedem zutreffenden Falle durch eine spezielle Vorschrift besonders beigelegt werden. Abgesehen davon, daß hierdurch eine große Zahl von Spezialbestimmungen nöthig würden, wären erhebliche Lücken kaum vermeidlich. Die Aufstellung einer allgemeinen und mit Sicherheit zu handhabenden Regel ist wohl möglich, selbstverständlich vorbehalten, in besonderen Fällen, in welchen die Regel nicht paßt, die Zulassung des Zurückbehaltungsrechtes jedoch Bedürfniß ist, dasselbe durch besondere Bestimmung beizulegen. — Anlangend den Inhalt der aufzustellenden Regel, so kann von der Uebertragung des kaufmännischen Retentionsrechtes (H. G. B. Art. 313 ff.) auf den bürgerlichen Verkehr keine Rede sein, indem dieses eigenartige Recht nur für den Verkehr zwischen Kaufleuten in beiderseitigen Handelsgeschäften bestimmt und gerechtfertigt ist. Für das bürgerliche Gesetzbuch kann es sich nur um Anerkennung und Ordnung des obligatorisch wirkenden Zurückbehaltungsrechtes handeln.

b) Prinzip des Entwurfes.

Die Regel beruht auf dem Prinzipe, daß durch das Zurückbehaltungsrecht in der That eine exceptio doli geltend gemacht wird, daß es zum Schutze dient gegen einen dolus des Gegners, welcher darin besteht, daß dieser, indem er einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem anderen Theile zustehenden Gegenanspruch erhebt, durch diese Loslösung seines Anspruches von dem gesetzlichen oder natürlichen Zusammenhange mit dem Gegenanspruche und durch die Ignorirung des letzteren gegen Treu und Glauben verstößt (Entsch. des R. G. in Civils. XIV Nr. 57 S. 233). Das Zurückbehaltungsrecht findet also nicht wegen eines jeden Gegenanspruches statt ohne Rücksicht darauf, ob er zu der schuldigen Leistung in einer Beziehung steht oder nicht; sondern es wird an dem Erfordernisse der Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch festgehalten („aus demselben rechtlichen Verhältnisse“, preuß. A. L. R. I, 20 §§ 539, 543, sächs. G. B. § 767, dresd. Entw. Art. 267). Der Entwurf hütet sich jedoch, dieses Erforderniß durch spezielle Beschreibung oder Aufstellung von Kategorieen näher zu präzisiren. Der Richter soll unbehindert sein, im Einzelfalle durch Prüfung auf Grund des erwähnten Prinzipes zu entscheiden, ob ein Auseinanderreißen der aktiven und passiven Seite eines und desselben rechtlichen Verhältnisses zum Nachtheile des wegen einer Leistung Belangten stattfinden würde, ob demnach ein Retentionsrecht begründet ist oder nicht. (α. Konnexität;)

Nur der Fall, wenn die Verpflichtung auf Herausgabe (Restitution, Tradition)[1]) eines Gegenstandes gerichtet ist, wird in Uebereinstimmung mit Theorie und Gesetzgebung besonders hervorgehoben in dem Sinne, daß diesfalls dem Verpflichteten in Ansehung seines Anspruches wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch den Gegenstand ihm zugefügten Schadens immer das Zurückbehaltungsrecht zustehen soll, weil hier immer Konnexität im Sinne des Gesetzes anzunehmen ist. Auch beschränkt § 233, abgesehen von diesem letzteren Falle, das Zurückbehaltungsrecht gegenständlich nicht, namentlich nicht, wie dies im modernen Rechte geschieht[2]), auf die Zurückhaltung fremder Sachen gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe. Auch Rechte, Handlungen, sowie die eigenen Sachen, zu deren Verschaffung, Vornahme, Uebergabe der in Anspruch Genommene verpflichtet ist, können geeignetenfalls, d. h. wenn Konnexität begründet ist, zurückgehalten werden[3]). — Vom Standpunkte des bürgerlichen Gesetzbuches aus, welches klaglose Ansprüche überhaupt nur in wenigen Ausnahmsfällen kennt, ist ferner irrelevant für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch auch mittels Klage verfolgen kann. Im Gegentheil mit der vollen Wirksamkeit des Anspruches ist auch, beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen, die Zurückhaltungsbefugniß von selbst gegeben, wie die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Theiles wegen des Anspruches des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes ist. In Ermangelung dieser Voraussetzung muß das Zurückbehaltungsrecht besonders beigelegt werden[4]).

β. Fälligkeit. Die Festhaltung an dem Erfordernisse der Fälligkeit des Anspruches, wegen dessen das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, bedarf keiner Rechtfertigung; dasselbe entpricht dem überall geltenden Rechte. Kaum der Bemerkung bedarf es ferner, daß es auf die Gleichartigkeit der Ansprüche nicht ankommt; das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel, nicht als Mittel zur Deckung oder Befriedigung. Liquidität des Anspruches des Schuldners (preuß. A. L. R. I, 20 § 541) ist gleichfalls nicht erforderlich.

Bezüglich der beiderseitigen Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen verweist der Entwurf wegen des Rechtes des in Anspruch genommenen Theiles, die Leistung dem Gegner vorzuenthalten, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist, auf den § 364. Dieses Recht des aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichteten ist, wenn man es auch als Zurückbehaltungsrecht im weiteren Sinne bezeichnen kann, doch von dem in §§ 233 ff. geordneten Rechte

---

1) Vergl. § 244.

2) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 536, 542, Eccius I § 119 lit. b; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXI Nr. 13 S. 34; sächs. G. B. §§ 767, 769; dresd. Entw. a. a. O.; vergl. H. G. B. Art. 313, schweiz. Gesetz Art. 224, für das franz. Recht Zachariä I §§ 464, 465.

3) S. Goldschmidt, Handbuch I, 2 §§ 94, 95; vergl. z. B. Entw. § 1020 § 301 a. E., § 695 Satz 3, § 699 Satz 2.

4) Vergl. z. B. § 915 Abs. 1 Satz 1, § 740 Abs. 3.

verschieden. Praktisch zeigt sich dies vor Allem, abgesehen von der Wirkung im Konkurse (Konk. O. § 15) darin, daß das hier behandelte Retentionsrecht, da es nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruches besteht, durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (§ 244 Satz 2), während das aus der Einrede des nicht erfüllten Vertrages fließende ähnliche Recht ein unbeschränktes ist.

Der Retinent haftet als solcher nicht etwa wie ein Pfandgläubiger (preuß. A. L. R. I, 20 § 558; vergl. Entwurf § 1156) für ein gewisses Maß von Diligenz. Der Umfang seiner Verantwortlichkeit bestimmt sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, kraft dessen er an sich zur Leistung des Retentionsobjektes verbunden wäre; es ist nur zu bemerken, daß, sofern die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes rechtlich begründet ist, Verzug des Retentionsberechtigten nicht eintritt, während andererseits der Verzug des anderen Theiles in Frage kommen kann (vergl. §§ 941, 256).

Das Retentionsrecht erlischt mit dem thatsächlichen, wenn auch unfreiwilligen, Aufhören der Inhabung oder der Retention (vergl. § 737 Abs. 1). Dem Retentionsberechtigten als solchem steht kein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes zu; es kommt darauf an, ob er kraft des Rechtsverhältnisses, in welchem er zu dem Retentionsobjekte stand, einen solchen Anspruch hat (vergl. preuß. A. L. R. I, 20 §§ 559 ff.).

Die Verjährung eines Anspruches wird dadurch, daß demselben die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes entgegensteht, nicht gehemmt (vergl. § 162 Abs. 2).

§ 234.

Daraus, daß die Vorschrift des § 364 für anwendbar erklärt wird, folgt unter Anderem, daß das Retentionsrecht nicht stattfindet, wenn der an sich in der Retentionslage Befindliche in concreto zur Vorleistung verpflichtet ist, wenn also die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes der im Einzelfalle ausdrücklich oder stillschweigend begründeten Verpflichtung, unter Absehen von der Zurückbehaltung die schuldige Leistung zu bewirken, widerspräche[1]). Durch die Verweisung auf die Vorschrift des § 365 wird die in Theorie und Praxis bestrittene, neuerdings jedoch vorwiegend in bejahendem Sinne beantwortete Frage, ob Klage und Verurtheilung gegen den Renitenten auf Leistung gegen Befriedigung seines Gegenanspruches (Zug um Zug) erfolgen könne, entschieden. Jeder der in dem zur Retention berechtigenden Verhältnisse stehenden Theile kann demnach gegen den Anderen auf Erfüllung Zug um Zug klagen und nach Maßgabe des § 365 die Zwangsvollstreckung betreiben[2]). (γ. Anwendung von Vorschriften über gegenseitige Verträge.)

Die Bestimmung, daß der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abwenden kann (§ 234 Satz 2), ist bereits zu § 233 erwähnt. In Uebereinstimmung mit dem preuß. Rechte (A. L. R. I, 20 §§ 552 ff.) betrachtet der Entwurf das Zurückbehaltungsrecht nicht als ein Zwangsmittel gegen den (δ. Abwendung durch Sicherheitsleistung.)

---

[1]) Vergl. H. G. B. Art. 313 Abs. 2; Entsch. des R. G. in Straff. IX Nr. 81 S. 295.

[2]) S. bes. auch die Note zu § 365.

Gläubiger, welches nur durch Befriedigung abgewendet werden könnte[1]). Die Sicherheit ist nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 199 ff. zu leisten. Nur die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen (§ 234 Satz 3), weil eine solche dem Retentionsberechtigten nicht eine gleiche reelle Sicherheit zu gewähren vermag, als diejenige, welche ihm durch Zurückhalten der Leistung gewährt ist.

§ 235.

e. Vorsätzliches Delikt.

Der Entwurf versagt, gegenüber den weitergehenden Bestimmungen des sächs. G. B. (§ 759) und des dresd. Entw. (Art. 268)[2]), das Zurückbehaltungsrecht nur dann, wenn der Schuldner zu dem Gegenstande desselben, um dessen Herausgabe es sich handelt, durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung gelangt ist. Solchenfalls ist der Schuldner unter allen Umständen vorleistungspflichtig, bezw. er hat seinen Gegenanspruch (vergl. z. B. §§ 718, 741 Abs. 1, § 935) selbständig zu verfolgen. Die Versagung des Zurückbehaltungsrechtes auch in den Fällen, wo der unerlaubten Handlung nur Fahrlässigkeit zu Grunde liegt, erschiene als eine Art Strafe und wäre zu hart und unbillig. Der vorsätzliche Delinquent dagegen kann, wenn dem Herausgabe- oder Schadensersatzanspruche gegenüber von seinen etwaigen Gegenansprüchen abgesehen wird, nicht eine Unbilligkeit geltend machen (vergl. auch § 287). — Die Unzulässigkeit der in § 233 normirten Retentionseinrede gegenüber der Besitzklage ergiebt sich aus dem Ausschlusse petitorischer Einreden im Besitzprozesse (§ 822).

§ 236.

ζ. Anwendungsgebiet.

Man erachtete es für geboten, ausdrücklich auszusprechen, daß die Vorschriften der §§ 234, 235 in allen Fällen gelten, wo das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner beigelegt ist, gleichgültig, in welchem Theile des Gesetzbuches dies geschieht und ob es nur als Anwendung des § 232 sich darstellt (z. B. §§ 936 ff., 938 Abs. 2) oder über die Voraussetzungen des § 233 hinaus besonders eingeräumt ist (z. B. § 915 Satz 1).

III. Unmöglichkeit der Leistung:

III. Unmöglichkeit der Leistung und Folgen der Nichtleistung.

§ 237.

a) Befreiung des Schuldners α. bei objektiver U.,

Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit. Soweit diese bereits zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden ist, kommt sie nur bei Schuldverhältnissen aus Rechts-

[1]) Mot. zum sächs. G. B. § 767.

[2]) Nach dem sächs. G. B. und dem dresd. Entw. ist demjenigen, welcher überhaupt durch eine unerlaubte Handlung in den Besitz einer Sache kam, das Retentionsrecht versagt. Für das preuß. A. L. R. ist die Unterscheidung zwischen redlichem und unredlichem Besitze maßgebend (I, 20 §§ 537, 538, I, 7 §§ 10—13); für das gemeine Recht s. Goldschmidt, Handbuch § 94 S. 971; vergl. H. G. B. Art. 313, Hahn, Kommentar, 2. Aufl., II S. 177, schweiz. Gesetz Art. 224.

geschäften in Betracht und wird bei diesen behandelt (§§ 344 ff., 341, 1853, 1886). An der vorliegenden Stelle handelt es sich nur um die nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretene Unmöglichkeit. Daß diese Unmöglichkeit, so lange und so weit sie reicht und vom Schuldner nicht zu vertreten ist, die Verbindlichkeit des Schuldners ausschließt, entspricht der Natur der Sache und dem geltenden Rechte[1]). Es bleibt jedoch die Grenze für die dem Schuldner obliegende Vertretung der Unmöglichkeit zu bestimmen.

Es ist zu enge oder mißverständlich, wenn die im Abs. 1 bezeichnete Wirkung dem zufälligen oder nicht verschuldeten Eintritte der Unmöglichkeit der Leistung beigelegt wird. Der Zufall (im zivilrechtlichen Sinne) in Ansehung der Erfüllung der Verbindlichkeit beginnt da, wo die Haftung des Schuldners aufhört. Die Haftung des Schuldners kann durch Gesetz oder Rechtsgeschäft über die Fahrlässigkeit hinaus bis zur Garantieübernahme für den Erfolg gesteigert, andererseits aber auch milder, als die Regel mit sich bringt, festgesetzt sein[2]). Der Entwurf wählt deshalb mit dem schweiz. Bd. Ges. (Art. 145) den Ausdruck: „ein von dem Schuldner — nach dem Inhalte des zur Beurtheilung stehenden Schuldverhältnisses — nicht zu vertretender Umstand". Ob eine wirkliche — natürliche oder juristische — Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, muß in concreto geprüft werden nach dem Gegenstande und gesammten Inhalte des Schuldverhältnisses. Durch Beispiele oder gar den Versuch einer erschöpfenden Aufzählung der denkbar möglichen Fälle der Unmöglichkeit einer Leistung die richtige Anwendung des Gesetzes sicher stellen zu wollen, wäre bedenklich. Auch der Begriff der dauernden Unmöglichkeit im Gegensatze zu einer vorübergehenden kann durch das Gesetz nicht bestimmt werden. Es entscheidet auch diesfalls die besondere Beschaffenheit des in Frage kommenden Schuldverhältnisses, wonach derselbe Umstand in einem Falle als nur vorübergehende, im anderen Falle als dauernde Unmöglichkeit erscheinen wird. Die vorübergehende nicht zu vertretende Unmöglichkeit befreit den Schuldner nur zur Zeit; er kommt während ihrer Dauer nicht in Verzug.

Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber. Ein solches liegt nicht vor, wenn es bei der Leistung auf die Person des Schuldners ankommt und die persönliche Leistung objektiv unmöglich geworden ist, wohl aber dann, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, die Erfüllung zu bewirken, mag diese in der Leistung von Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehen. Ein solches subjektives Unvermögen ist weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners. Auch das entspricht dem geltenden Rechte; das entgegengesetzte Prinzip würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Im Falle der Begründung des Schuldverhält- β. bei subjektivem Unvermögen.

[1]) Windscheid II §§ 264, 360; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 361, 364, 375; österr. G. B. § 1447; code civil Art. 1302 (Zachariä II § 331); sächs. G. B. §§ 1009, 1010, 1011, 1013; schweiz. Bd. Ges. Art. 145; hess. Entw. Art. 144, 360, bayr. Entw. Art. 119, 120, 121, dresd. Entw. Art. 388, 278.

[2]) Vergl. §§ 224, 225, 442, 550.

nisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist in dem Versprechen die Uebernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit zu finden. In allen Fällen ist eine Aenderung des subjektiven Unvermögens des Schuldners jederzeit möglich. Eine abweichende Behandlung erfordert nur der im zweiten Absatze des § 237 hervorgehobene Fall, daß ein in sich d. h. individuell bestimmter Gegenstand zu leisten ist und der Schuldner in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes nachträglich außer Stand gesetzt wird, denselben zu leisten. Indem dieser Fall den Fällen der objektiven Unmöglichkeit gleichgestellt wird, ist zugleich ausgesprochen, daß in den anderen bezeichneten Fällen, sofern, wie bemerkt, in concreto das subjektive Unvermögen nicht als eigentliche objektive Unmöglichkeit aufzufassen ist, das subjektive Unvermögen von dem Schuldner immer gleich verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit zu vertreten ist. Wo von der Unmöglichkeit als Grund der Befreiung von der Verpflichtung die Rede ist, versteht der Entwurf hiernach die (nachträgliche) objektive Unmöglichkeit und beim Vorliegen des im § 237 Abs. 2 bezeichneten Falles das (nachträgliche) subjektive Unvermögen.

Ueber den Einfluß der Unmöglichkeit auf die Verpflichtung zu einer Gegenleistung wird in den §§ 368, 369 bestimmt.

§ 238.

b) Leistung des Surrogates; Vermöge des im § 238 ausgesprochenen Surrogationsprinzipes[1]) ist der Schuldner, wenn er in Folge des Umstandes, welcher ihn in Gemäßheit des § 237 Abs. 1, 2 von der Verpflichtung zur Leistung befreit hat, für den Gegenstand der letzteren einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, verpflichtet, dem Gläubiger auf dessen Verlangen das als Ersatz Empfangene herauszugeben oder den Ersatzanspruch abzutreten (§ 294), Zessibilität des Anspruches vorausgesetzt. Hierdurch wird nicht dem Schuldner das Recht verliehen, dem Gläubiger das Empfangene oder den Ersatzanspruch an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung aufzudrängen, um hierfür die Gegenleistung zu erhalten. Nur um ein dem Gläubiger eventuell zustehendes Recht handelt es sich, dessen Begründung schon in dem Schuldverhältnisse auf die nachträglich unmöglich gewordene Leistung zu finden ist. Das Prinzip beruht auf der berechtigten Unterstellung, der Verpflichtungswille sei darauf gerichtet gewesen, und entspricht zweifellos der Billigkeit. Macht der Gläubiger von diesem Rechte Gebrauch, so ist er seinerseits verpflichtet, dem Schuldner die Gegenleistung zu entrichten, kann dieselbe jedoch gemäß der Vorschrift in § 368 Abs. 3 verhältnißmäßig mindern. Bei Anwendung der Vorschrift des § 238 ist übrigens in erster Linie darauf zu sehen, was nach dem konkreten Schuldverhältnisse den Gegenstand der Leistung (§§ 206, 344) bildet, und ob der Schuldner für diesen Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch

[1]) Anerkannt im röm. (gemeinen) Rechte (s. Windscheid II § 264 Note 6, Sintenis, Civilrecht II § 106 Art. 49), im sächs. G. B. § 960, code civil Art. 1302, 1303 (Zachariä II § 331 Art. 3).

erlangt hat, da die eventuelle Verpflichtung des Schuldners dahin geht, den für den Gegenstand der Leistung erhaltenen Ersatz oder Ersatzanspruch dem Gläubiger herauszugeben. Nach der hiernach sich ergebenden Bedeutung des Surrogationsprinzipes wird z. B. die Frage, ob im Falle der Enteignung eines vermietheten oder verpachteten Grundstückes der Miether oder Pächter gemäß § 238 Anspruch auf die dem Verpächter oder Vermiether gebührende Entschädigung hat, an sich zu verneinen sein, da der Miether oder Pächter das Grundstück nicht zu fordern hat[1]). Die Vorschrift des § 238 wird vorzugsweise praktisch, wenn der Schuldner aus dem Delikte eines Dritten für den ihm von diesem entzogenen Gegenstand der Leistung Schadensersatz erhalten oder zu fordern hat. Auf Grund der Vorschrift kann aber der Gläubiger geeignetenfalls auch die Herausgabe der Versicherungsgelder, welche der Schuldner für den untergegangenen Gegenstand der Leistung erhalten hat, bezw. die Abtretung des Anspruches auf diese Gelder verlangen, soweit nicht Grundsätze des öffentlichen Versicherungsrechtes oder statutarische Bestimmungen entgegenstehen (§ 295).

Der Schuldner haftet für die Erfüllung der ihm gemäß § 238 obliegenden Verpflichtung nach dem diesfallsigen Inhalte des ursprünglichen Schuldverhältnisses (§ 237).

Durch die Vorschrift des zweiten Absatzes wird die Anwendbarkeit des Surrogationsprinzipes auf suspensiv bedingte oder betagte Schuldverhältnisse für den Fall ausgesprochen, wenn die Leistung im Schwebezustande, vor dem Eintritte der Bedingung oder des Anfangstermines unmöglich wird (§ 128, § 141, „sofern nicht — — eintreten soll"). Die für das Surrogationsprinzip überhaupt maßgebenden Gründe treffen auch hier zu; immerhin wäre zweifelhaft, ob ohne ausdrückliche Bestimmung die Praxis zur Anwendung des Prinzipes gelangen würde. Die Verpflichtung zur Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder zur Abtretung des Ersatzanspruches ist selbstverständlich gleichfalls von dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung oder des Anfangstermines abhängig. Ist nicht die Entstehung des Forderungsrechtes betagt, sondern nur die Fälligkeit hinausgeschoben (§ 141 Regelfall), so versteht sich die Anwendbarkeit des Prinzipes nach Maßgabe des ersten Absatzes von selbst.

bei bedingten 2c. Schuldverhältnissen.

§ 239.

c) Beweis der Unmöglichkeit.

Der Entwurf schließt sich in Ansehung der Beweislast, wenn in Frage steht, ob die von dem Schuldner geltend gemachte Unmöglichkeit der Leistung auf einen von ihm zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist oder nicht, der heutzutage in der gemeinrechtlichen Doktrin herrschenden, auch in der modernen Gesetzgebung zum großen Theile adoptirten Ansicht an. Der Schuldner, welcher seine Befreiung auf Grund eingetretener Unmöglichkeit der Leistung geltend macht, hat zu beweisen sowohl die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung, als

[1]) Vergl. §§ 503, 508, 531, 532. Nach den Enteignungsgesetzen entscheidet sich die Frage, ob der Miether oder Pächter einen selbständigen Entschädigungsanspruch hat oder ob die dem Eigenthümer zu gewährende Entschädigung auch diejenige für den Miether oder Pächter in sich begreift.

auch, daß der Eintritt der Unmöglichkeit nicht von ihm zu vertreten ist (§§ 237, 241)[1]). Für das preuß. Recht wurde in dieser Richtung insbesondere die demselben eigenthümliche Abstufung des Maßes des zu leistenden Schadensersatzes nach dem Grade der Verschuldung bedeutend, wonach angenommen wird, daß der Gläubiger, wenn er Ersatz nicht nur des wirklichen Schadens, sondern auch des entgangenen Gewinnes fordert, Thatsachen darzuthun habe, aus denen sich Vorsatz oder grobes Versehen des Schuldners ergiebt[2]). Für den Entwurf, welcher prinzipiell in allen Fällen der zu vertretenden Unmöglichkeit den Anspruch auf das volle Interesse gewährt (§§ 218, 240), kann diese, übrigens auch vom hess. Entw. (Art. 145) und vom bayr. Entw. (Art. 123) im Anschlusse an eine veraltete gemeinrechtliche Anschauung in gewisser Richtung angenommene, Unterscheidung nicht in Frage kommen.

Die Vorschrift des § 239 muß übrigens im Zusammenhange mit der prozessualen Würdigung des Beweises verstanden werden. Ist auch der Schuldner beweispflichtig, so kann doch nach den Umständen des Falles dieser Beweis schon dann als erbracht angesehen werden, wenn entgegenstehende Umstände nicht bekannt sind oder nicht bewiesen werden. Es ist z. B. aus § 239 nicht zu folgern, daß der Schuldner, welcher ein Werk geliefert hat, bei welchem sich erst später Fehler und Mängel zeigen, stets zu beweisen hätte, daß dieselben von ihm nicht verschuldet seien, oder daß der Schuldner, welcher den Beweis führt, daß die Unmöglichkeit sich in einem Zufalle gründete, stets auch noch zu beweisen hätte, der Zufall sei nicht abzuwenden gewesen. Auch die Auslegung des § 239 ist nach der Fassung ausgeschlossen, daß der Schuldner immer speziell den Umstand, welcher die unverschuldete Unmöglichkeit herbeiführte, beweisen müsse. Als Grundsatz aber ist festzuhalten, daß der Schuldner, welcher sich auf die Unmöglichkeit beruft, um sich von der Restitution bezw. der Ersatzpflicht zu befreien, immer sich exkulpiren muß[3]).

Das sächs. G. B. (§ 732) und der dresd. Entw. (Art. 394) bestimmen für den Fall, daß ein Naturereigniß (höhere Gewalt) die Unmöglichkeit herbeiführte, der Gläubiger habe zu beweisen, daß eine Verschuldung des Verpflichteten stattgefunden habe, durch welche der Einfluß des Ereignisses auf die Erfüllung der Forderung veranlaßt oder möglich geworden sei. Eine derartige Vorschrift ist weder erforderlich noch angemessen. In allen Fällen hängt es von der richterlichen Beweiswürdigung ab, inwieweit der Schuldner durch den Beweis des konkreten Ereignisses, welches die Unmöglichkeit herbeiführte, das Nichtvorliegen eines ihn haftbar machenden Thatbestandes dargethan hat, und ist

---

[1]) Windscheid § 256 Note 17, § 277 Nr. 4, § 439 Note 7; sächs. G. B. §§ 731, 738; österr. G. B. § 1298; dresd. Entw. Art. 394; schweiz. Bd. Ges. Art. 110, 145 Abs. 1; code civil Art. 1147, 1148, 1302, 1315; vergl. Zachariä II § 308 S. 315 Anm. 17 § 331 S. 386 ff., Anm. 4.

[2]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XV. Nr. 82 S. 293, XVII Nr. 58 S. 271, XXI Nr. 1 S. 2.

[3]) Vergl. Entsch. des vorm. R. O. H. G. VI Nr. 45 S. 215, X S. 190, XI Nr. 49 S. 148, Nr. 122 S. 404 ff., XIX S. 214 ff., XXI Nr. 1, Seuffert's Archiv XXVII Nr. 124, XXIX Nr. 177, XXXII Nr. 192, Entsch. des R. G. in Civils. X Nr. 40 S. 136, Nr. 45 S. 167, XI Nr. 25 S. 132 ff., XIII Nr. 18 S. 46.

somit ohnedies eventuell dem Gläubiger anheimzugeben, nachzuweisen, daß dennoch, gegen den äußeren Anschein derartige Umstände vorliegen. Auch abgesehen von der Zweifelhaftigkeit des Begriffes der höheren Gewalt wäre eine derartige Vorschrift der Gefahr des Mißverständnisses ausgesetzt und der Richter durch eine solche in der Ausübung der freien Beurtheilung der Sachlage beengt.

§ 240.

d) Schadensersatzanspruch des Gläubigers.

Wird die Leistung zufolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder (quantitativ bezw. qualitativ) theilweise unmöglich, so ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung verursachten Schaden zu ersetzen. Bezüglich des Schadensersatzes gelten die allgemeinen Bestimmungen in §§ 218—223. Die Schadensersatzpflicht des Schuldners ist, einen von demselben zu vertretenden Umstand vorausgesetzt, in gleicher Weise bestimmt, wie bei Verletzung eines subjektiven Privatrechtes durch Delikt gemäß § 704 Abs. 2, d. h. es kommt auf die Voraussehbarkeit des Schadens nicht an. Bei vorliegendem Verschulden des Schuldners liegt in der Verletzung der obligatorischen Verpflichtung eine (subjektive) Widerrechtlichkeit gegenüber dem Gläubiger vor; in Fällen, wo der Schuldner über Fahrlässigkeit hinaus haftet, ist diese Gleichstellung durch das den Schuldner kraft Gesetzes oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung auferlegte höhere Maß der Haftung (die von ihm zu leistende Garantie) gerechtfertigt.

Die Vorschrift, daß der Schuldner nur im Falle einer von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung für das Interesse haftet, gilt auch für Schuldverhältnisse, deren Gegenstand ein Unterlassen ist. Nicht schon die bloße Zuwiderhandlung (schweiz. Bd. Ges. Art. 112) verpflichtet zum Schadensersatze. Regelmäßig ist also Verschulden des Schuldners erforderlich, es müßte denn, was bei auf Vertrag beruhenden, auf Unterlassung gerichteten Schuldverhältnissen häufig anzunehmen sein mag, der Schuldner die Garantie für unbeschränkte Haftung übernommen haben. Daneben bleibt das Recht des Gläubigers auf fernere Unterlassungen und auf Schutz durch richterliche Strafdrohung oder Auferlegung einer vom Schuldner zu bestellenden Sicherheit gemäß der Vorschrift des § 775 der C. P. O. unberührt.

Durch die Vorschrift des § 240 in Verbindung mit derjenigen der §§ 242, 243 (vergl. §§ 247, 360, 361, 369) ist des Weiteren der Grundsatz des franz. und schweiz. Rechtes abgelehnt, wonach sich die Verbindlichkeit, etwas zu thun, im Falle des Verzuges sofort in die Verbindlichkeit zum Schadensersatze auflöst[1]). Nur wenn die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung feststeht bezw. auf dem Wege des § 243 kann der Gläubiger das Interesse wegen Nichterfüllung fordern. Die Unmöglichkeit der Leistung hat nöthigenfalls der Gläubiger zu beweisen. So lange sie nicht bewiesen bezw. nicht die Fiktion des § 243 begründet ist, kann es sich nur um das Verzugsinteresse handeln. Aus den Vorschriften der §§ 240, 243, wie aus dem § 224 folgt auch, daß

[1]) Vergl. code civil Art. 1142 (Zachariä §§ 299, 308), schweiz. Bd. Ges. Art. 111 (Schneider und Fick, Kommentar hierzu S. 108).

der Schuldner nicht nach seinem Belieben etwa dem Gläubiger statt der Naturalerfüllung die Leistung des Interesse aufdrängen kann.

Das sächs. G. B. § 721 und der dresd. Entw. Art. 273 sprechen für den Fall des § 240 aus, daß die Verbindlichkeit des Schuldners fortbestehe. Anderwärts findet sich der Satz, die Verbindlichkeit wandle sich in eine solche zum Schadensersatze um. Der Entwurf begnügt sich, nach dem Vorgange des schweiz. Bd. Ges. (Art. 110)[1]), die Schadensersatzpflicht als Rechtsfolge festzusetzen. Es ist doktrinär und nicht ganz unbedenklich, vom Fortbestande der Verbindlichkeit zu reden, da, so wichtig die Annahme der Fortdauer der Obligation ist, die Verbindlichkeit zum Schadensersatze jedenfalls einen anderen Gegenstand hat. Daß für Erfüllung dieser Ersatzverbindlichkeit in gleicher Weise gehaftet wird und hiernach sich namentlich die Haftung des Bürgen (§ 672) und der Pfänder (§ 1148) bestimmt, ist hier nicht besonders hervorzuheben. Der Ausdruck: „Verwandlung der ursprünglichen Obligation" erzeugt umgekehrt den Anschein, daß die alte Obligation erloschen und durch eine neue ersetzt sei. Es ist zumal gegenüber den Vorschriften über den Rücktritt (§ 369) vom Vertrage klar, daß der Gläubiger, indem er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, bei dem ursprünglichen Schuldverhältnisse stehen bleibt und gerade aus diesem seine Rechte geltend macht[2]).

Werthsbestimmung nach Ort und Zeit der Leistung.

Es ist allgemein anerkannt und ergiebt sich aus dem Interessebegriff, daß für die Bestimmung des Werthes (§ 220) eines Gegenstandes, dessen Leistung ganz oder theilweise unmöglich geworden ist, der Ort der Leistung (§§ 229 ff.) maßgebend ist. Verschieden sind die Ansichten über die für die Werthsbestimmung maßgebende Zeit[3]). Der Entwurf entscheidet diese Frage dahin, daß ohne Rücksicht darauf, ob Verzug des Schuldners konkurrirt oder nicht, diejenige Zeit maßgebend sein soll, in welcher der Schuldner nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses zu leisten verpflichtet war. Nicht ohne Grund läßt sich allerdings die Behauptung aufstellen, derjenige Zeitpunkt müsse bestimmend sein, in welchem das Unterlassen der Naturalleistung dem Gläubiger gegenüber zu einer schuldvollen und dem Gläubiger fühlbaren Verletzung werde, mithin der Zeitpunkt des Eintrittes des Verzuges. Daraus ergäbe sich aber für den Fall eine Schwierigkeit, wenn die objektive Unmöglichkeit vor Beginn eines Verzuges eintritt, in welchem Falle eine Art von Fiktion des Verzuges nöthig würde. Für diesen Fall erscheint es richtiger, denjenigen Zeitpunkt für maßgebend zu erachten, in welchem der Schuldner zu leisten verpflichtet war, wobei zu beachten, daß zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung auch einen Aufschub der Verpflichtung zur Leistung bewirkt. Schon im Interesse der Vereinfachung des Gesetzes ist derselbe Zeitpunkt auch für die anderen Fälle für entscheidend zu erklären. Hierfür spricht noch, daß nur ausnahmsweise an die Versäumung der Zeit, wo zu leisten war, noch keine mora sich knüpft (§§ 245, 246), sowie,

---

[1]) Ebenso hess. Entw. Art. 236, bayr. Entw. Art. 109.

[2]) Entsch. des R. G. in Civils. X Nr. 48 S. 180. Bezüglich des Anspruches auf Rechtsverschaffung (Eviktionsleistung) §§ 370 ff., 443, 298, vergl. §§ 505—508.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 189; sächs. G. B. §§ 686, 744; bayr. Entw. Art. 117, 133, dresd. Entw. Art. 273, 297.

daß nach der Natur der Dinge der Schaden des Gläubigers regelmäßig durch die Zeit bestimmt wird, in welcher zu leisten war. Unbedenklich ist auch der Fall, wenn die Unmöglichkeit erst nach der Zeit, wo zu leisten war, eingetreten ist, der Regel des Entwurfes zu unterwerfen, weil die für die Regel angegebenen Gründe sich auch hier geltend machen. Wollte man den Zeitpunkt des Eintrittes der Unmöglichkeit für die Werthbestimmung entscheiden lassen, so ergäbe sich insbesondere die praktische Schwierigkeit, daß der Gläubiger meist diesen Zeitpunkt nicht kennt und auch nicht zu ermitteln braucht. — Die Vorschrift des zweiten Satzes im zweiten Absatze folgt aus der Verpflichtung des Schuldners zur Vergütung des vollen Interesse. Erforderlichenfalls hat aber der Gläubiger (gegenüber der im ersten Satze ausgesprochenen Regel) zu beweisen, daß sein Schaden in der Entziehung des höheren Werthes einer späteren Zeit bestand (vergl. § 715). Abgelehnt ist durch die Vorschrift des zweiten Satzes hiernach die Anschauung, daß der Gläubiger ohne Weiteres den höchsten Werth zu fordern berechtigt sei[1]).

§ 241[2]).

Der Schuldner haftet, nach der prinzipiellen Auffassung des Entwurfes, wegen der gänzlichen oder theilweisen Nichterfüllung nur im Falle eines Verschuldens, vorbehaltlich der Fälle, in welchen er Garantie besonders übernommen oder kraft Gesetzes zu leisten hat. Lediglich eine Konsequenz dieser Auffassung spricht der Entwurf aus: der Schuldner, bezw. der in das Schuldverhältniß eingetretene Erbe des Schuldners, ist nicht verantwortlich, wenn er in Folge seines entschuldbaren Irrthumes in Ansehung des Schuldverhältnisses (des Bestandes, Umfanges, der Person des Gläubigers, des Ortes, der Zeit der Leistung u. s. w.), die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung (§ 237) herbeigeführt, z. B. den Gegenstand der Leistung verbraucht, vernichtet, über ihn unwiderbringlich disponirt oder die Zeit versäumt hat. Im bestehenden Rechte und in der Praxis vorzugsweise als Exkulpationsgrund gegenüber dem Vorwurfe des Verzuges (§ 246) anerkannt[3]), muß der entschuldbare Irrthum in Ansehung des Schuldverhältnisses bei jeder gänzlichen oder theilweisen Unmöglichkeit der Leistung als Entschuldigungsgrund zugelassen werden. Der Verzug ist in der That ein Fall theilweiser Unmöglichkeit der Leistung. Ueberdies liegt, wie bemerkt, die Vorschrift schon in dem höheren Prinzipe des Entwurfes selbst. Immerhin ist die Vorschrift vorsichtig zu handhaben und im Einzelfalle strenge zu prüfen, ob der Irrthum des Schuldners in Ansehung des Schuldverhältnisses ein entschuldbarer gewesen und ob durch den Irrthum die Unmöglichkeit herbeigeführt worden ist. Auch ist darauf zu achten, daß zwar nach der prinzipiellen Auffassung des Entwurfes auch der

e) Entschuldbarer Irrthum des Schuldners.

---

1) Entsch. des vorm. R. O. H. G. VIII S. 115; vergl. hess. Entw. Art. 252, bayr. Entw. Art. 133, für das preuß. R. (Beschädigung aus Vorsatz oder grobem Versehen) A. L. R. I, 6 § 85.

2) Vergl. § 707.

3) Windscheid § 277 Nr. 3; sächs. G. B. § 738; hess. Entw. Art. 245, bayr. Entw. Art. 127, dresd. Entw. Art. 284.

entschuldbare Rechtsirrthum in Betracht kommt, daß aber hier, wie beim Verzuge (§ 247), in Ansehung der Frage, ob der Irrthum entschuldbar ist, immer der in § 146 ausgedrückte absolute Maßstab maßgebend ist. Bei Anwendung des § 241 entscheidet insoweit also nicht der Inhalt des Schuldverhältnisses, nach welchem der Schuldner vielleicht nur für grobe Fahrlässigkeit zu haften hat. Es wäre besonders mit Rücksicht auf den Rechtsirrthum bedenklich, den Maßstab des § 146 hier zu verlassen.

Die Voraussetzungen des § 241 hat der Schuldner zu beweisen (§ 239).

§ 242.

f) Schadensersatz bei theilweiser Unmöglichkeit.

Abgesehen von dem H. G. B., welches (Art. 355) dem Käufer gegenüber dem mit Uebergabe der Waare im Verzuge befindlichen Verkäufer das dreifache Wahlrecht einräumt, Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen, oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern oder vom Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, gewährt das bestehende Recht bei dem Verzuge des Schuldners unter gewissen Voraussetzungen, mindestens bei gegenseitigen Verträgen ein verschieden gestaltetes Rücktrittsrecht. Der Entwurf gewährt dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen im Falle einer vom Schuldner zu vertretenden gänzlichen oder theilweisen Unmöglichkeit, sowie im Falle des Verzuges das Recht, anstatt Schadensersatz und Erfüllung (des möglichen Theiles), den Rücktritt vom Vertrage zu wählen (§ 369). Hiernach wirft sich zunächst für einseitige Verbindlichkeiten von selbst die Frage auf, ob nicht an Stelle des Rücktrittsrechtes für den Gläubiger ein Aequivalent zu schaffen sei, falls Schuldner die theilweise Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat oder im Verzuge sich befindet. Diese Frage ist unter derselben Voraussetzung, welche für die letztgenannten Fälle des Rücktrittsrechtes bei gegenseitigen Verträgen gilt (vergl. § 369 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2), nämlich dann zu bejahen, wenn der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung bezw. die nachträgliche Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat, wenn also in concreto die theilweise Leistung oder die verspätete Leistung, auf das gegenwärtige Interesse des Gläubigers gesehen, der gänzlichen Unmöglichkeit oder gänzlichen Nichterfüllung gleichsteht. Das Aequivalent besteht in der Befugniß des Gläubigers, den nicht unmöglich gewordenen Theil der Leistung und die verspätete Leistung abzulehnen oder zurückzugewähren und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen (§§ 242, 247 Abs. 2). Der Gläubiger, welcher von diesem Rechte Gebrauch machen will, hat zu beweisen, daß jene Voraussetzung vorliegt. Diesen Beweis kann man dem Gläubiger nicht etwa aus der Erwägung ersparen wollen, daß Theilleistung der Nichtleistung gleichstehe, weil jene nicht angenommen zu werden brauche (§ 228). Denn die Bewirkung der noch möglichen Leistung unter Beifügung des vollen Schadensersatzes für den unmöglichen Theil erscheint juristisch immerhin als Volleistung.

Indem der Gläubiger von dem durch §§ 242, 247 Abs. 2 ihm beigelegten Rechte Gebrauch macht, bleibt er bei dem betreffenden Schuldverhält-

nisse stehen (H. G. B. Art. 355) und macht den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit der Klage aus dem Schuldverhältnisse geltend, während im Falle des Rücktrittes die Rückgängigmachung des Vertrages und aller seiner Wirkungen stattfindet (§§ 369 Abs. 3, 427). — Dieses in § 242 bestimmte Recht ist aber für den Gläubiger nicht blos in einseitigen Schuldverhältnissen, sondern unter Umständen auch sonst, insbesondere bei gegenseitigen Verträgen (Veräußerungsverträgen, vergl. § 374 Abs. 2) von höchstem Interesse, gerade weil es ihm die Möglichkeit gewährt, bei dem Vertrage stehen zu bleiben und das volle Interesse wegen gänzlicher Nichterfüllung zu verlangen.

Vom Rücktrittsrechte unterscheidet sich das in § 242 normirte Recht nicht blos in seinem Zwecke und in der Wirkung, sondern auch durch die Voraussetzung, daß es im Gegensatze zum Rücktrittsrechte (§§ 427, 428) nur ausgeübt werden kann, wenn die Rückgewähr des empfangenen Theiles möglich ist und wenn vollständig, also besonders auch in nicht verschlechtertem Zustande zurückgewährt wird. Dies ist die Bedingung der Ausübung des in § 242 gegebenen Rechtes („unter Ablehnung oder Zurückgewährung"). Diese erschwerende Voraussetzung rechtfertigt sich dadurch, daß dieses Recht in der Wirkung von eingreifenderer Bedeutung und für den Schuldner drückender ist, als das Rücktrittsrecht. Die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften in § 427 Abs. 2, 3, §§ 428, 431, 433 ergiebt sich aus den im Uebrigen in beiden Fällen gleichen Verhältnissen.

§ 243.

g) Uebergang vom Erfüllungs- zum Schadensersatzanspruche; fiktive Unmöglichkeit.

Eine Vorschrift über die Voraussetzungen, unter welchen der Gläubiger von der Forderung der Erfüllung zu der Forderung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung übergehen kann, ist im Hinblicke auf den § 778 der C. P. O. nothwendig. Daselbst ist in Ansehung des Rechtes des Gläubigers, gegen den Schuldner, welcher zur Herausgabe einer Sache oder zur Leistung einer Handlung verurtheilt ist, das Interesse zu liquidiren, auf das bürgerliche Recht verwiesen. Ohne eine besondere Bestimmung könnte der Gläubiger erst dann Schadensersatz fordern oder das Interesse liquidiren, wenn das in der C. P. O. bestimmte Zwangsverfahren erschöpft, bezw. die Leistungsunmöglichkeit festgestellt wäre (§§ 237, 240, 242). Dies stände jedoch nicht im Einklange mit dem geltenden Rechte und entspräche noch weniger dem praktischen Bedürfnisse. Der § 243 enthält die erforderliche besondere Vorschrift. Ist der Schuldner auf die von dem Gläubiger erhobene Klage rechtskräftig zu der Leistung (zur Bewirkung der Naturalleistung) verurtheilt, so kann der Gläubiger, ohne den Weg der Zwangsvollstreckung beschreiten zu müssen, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung mit dem Bemerken setzen, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr wolle. Nach fruchtlosem Ablaufe der (angemessenen) Frist tritt zu Gunsten des Gläubigers gewissermaßen die Fiktion ein, die Leistung sei aus einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich geworden, woraufhin der Gläubiger sein Interesse wegen Nichterfüllung fordern kann. Zur Begründung und zum Beweise dieses Anspruches hat der Gläubiger nichts weiter als das Vorhandensein der in

§ 243 bezeichneten Voraussetzungen darzuthun. Dasselbe gilt, wenn er das Rücktrittsrecht wählt (§ 369 Abs. 2). Handelt es sich um nur theilweise Unmöglichkeit, so müßte der Gläubiger, falls er den in § 242 eröffneten Weg wählt oder vom Vertrage zurücktreten will, auch noch die weitere Voraussetzung darthun, daß der durch die Fiktion der Unmöglichkeit nicht getroffene Theil der Leistung für ihn kein Interesse habe. Inwieweit der Schuldner gegenüber der Interesseforderung oder dem Rücktritte des Gläubigers sich noch exkulpiren kann, beurtheilt sich nach allgemeinen, insbesondere auch prozessualen Grundsätzen. Der Entwurf verweist in dieser Richtung besonders auf die Vorschrift des § 241, wonach der Schuldner, bezw. dessen Erbe zur Leistung so lange nicht verpflichtet ist, als er sich in einem entschuldbaren Irrthume im Sinne des § 241 befand. Andere Fälle der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit stehen gleich. Es handelt sich solchenfalls, sofern nicht eine dauernde Befreiung des Schuldners eingetreten ist, für den Gläubiger um die Setzung einer neuen Frist.

Mit dem Ablaufe der Frist verwandelt sich der Anspruch des Gläubigers dergestalt in den Anspruch auf Schadensersatz, daß derselbe Naturalleistung nicht mehr begehren kann. Nicht schon mit der Fristbestimmung, auch nicht erst mit dem wirklichen Verlangen des Schadensersatzes ist der Gläubiger an seine Erklärung, daß er die Naturalleistung nicht mehr wolle, gebunden. Diese Bestimmung der Wirkung des Fristablaufes ist beiden Theilen gegenüber gleichmäßig gerecht und billig, namentlich dem Gläubiger gegenüber, welcher es in der Hand hat, die Zeit der Fristsetzung und innerhalb der Grenzen der Angemessenheit das Maß der Frist zu wählen. Durch die Anknüpfung der bezeichneten Wirkung erst an das Begehren des Schadensersatzes seitens des Gläubigers würde der letztere insbesondere in die Lage versetzt, auf Kosten des Schuldners spekuliren zu können.

Die Fristsetzung, wie die Bemessung der Frist geht von dem Gläubiger direkt aus[1]). Die Fristbestimmung ist eine einseitige, rechtsgeschäftliche Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner (§§ 74 ff.). Zu ihrer Wirksamkeit ist erforderlich, daß aus ihr sich ergiebt, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Naturalleistung nicht mehr wolle. Das Gericht befaßt sich mit der Frage, ob diese Erklärung in der Fristbestimmung enthalten oder ob die Frist eine angemessene war, erst, wenn der Schuldner dies in der Folge bestreitet.

Anwendungsgebiet.

Die Vorschrift des § 243 kommt dem Gläubiger nicht blos einem renitenten Schuldner gegenüber oder im Falle des (anfänglichen) subjektiven Leistungsunvermögens des letzteren zu statten. Der Gläubiger ist befugt, den Weg des § 243 auch bei vorliegender Unmöglichkeit (§§ 237, 240, 242) zu beschreiten, was für ihn von praktischer Wichtigkeit sein kann. Nicht selten weiß der Gläubiger von der Unmöglichkeit nichts oder er kann den Eintritt der Unmöglichkeit oder die näheren Umstände, von welchen z. B. die Vertretbarkeit abhängt, nicht beweisen. Die Vorschrift gilt bei allen Schuldverhältnissen ohne Rücksicht auf den Grund derselben. Sie gilt besonders auch bei Schuldverhältnissen, welche auf die Restitution eines Gegenstandes gerichtet sind.

---

[1]) Vergl. § 210 Abs. 2, §§ 562, 1073.

Aus den Vorschriften über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes (vergl. §§ 374, 375, 377) ergiebt sich jedoch ihre Unanwendbarkeit auf den Anspruch auf Rechtsverschaffung, bezw. auf Schadensersatz wegen Eviktion.

Erhält der Gläubiger auf Grund der Vorschrift des § 243 von dem Schuldner Schadensersatz, so greift zugleich diejenige des § 223 Platz.

§ 244.

Der Entwurf enthält keine Vorschrift über die Verpflichtung des auf Bezahlung einer Geldschuld belangten Schuldners zur Zahlung von Prozeßzinsen aus demjenigen Betrage, zu dessen Bezahlung er rechtskräftig verurtheilt worden. Die Vorschriften über die mora solvendi genügen diesfalls; die Fälle, in welchen der Schuldner einer Geldschuld durch Klagerhebung nicht in Verzug kommt, werden selten sein (§§ 245, 246, 237). Insbesondere ist auch die Gefahr, daß der Schuldner sich durch den Einwand unverschuldeten Irrthumes zu schützen suchen und dadurch mindestens den Prozeß hinausziehen werde, nach der Erfahrung keine erhebliche. Auch eine Bestimmung, welche dem Schuldner die Verpflichtung zur Entrichtung von Judikatszinsen auferlegte, ist nicht erforderlich.

h) Prozeßzinsen; Judikatszinsen.

Dagegen bestimmt der Entwurf (§ 244), daß, wenn der Schuldner dem Gläubiger einen in sich bestimmten Gegenstand (species, unter dieser Voraussetzung auch bestimmtes Geld) herauszugeben hat, vom Eintritte der Rechtshängigkeit an wegen Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen, wegen Ersatzes der Verwendungen und wegen Haftung für Erhaltung und Verwahrung dessen, was der Schuldner hiernach herauszugeben hat, soweit nicht aus dem Schuldverhältnisse oder aus dem Verzuge des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes sich ergiebt, diejenigen Vorschriften entsprechende Anwendung finden, welche für das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von der Zeit an gelten, in welcher der Eigenthumsanspruch rechtshängig geworden ist (§§ 933 ff.). Die Vorschrift räumt also bei dem Anspruche auf Herausgabe eines individuell bestimmten Gegenstandes dem Prozeßbeginne für sich schon gewisse Rechtsfolgen auf das materielle Rechtsverhältniß ein. Sie beruht, wie die entsprechende Vorschrift bezüglich des Eigenthumsanspruches, auf der Anschauung, daß in den betreffenden Fällen durch die Erhebung der Klage keineswegs an sich schon und immer ein Verzug (eine mala fides) des Beklagten begründet werde[1]), daß dagegen der Beklagte vom Streitbeginne an sich als Verwahrer und Verwalter fremden Gutes zu betrachten habe. Es wird ihm eine bestimmte Verwaltungspflicht, in der Art und Weise eines ordentlichen Hausvaters auferlegt; dieser Verpflichtung korrespondirt seine Rechtsstellung wegen der vom Streitbeginne an auf den Gegenstand gemachten Verwendungen.

i) Rechtshängigkeit des Anspruches auf Herausgabe einer species.

Die Vorschrift des § 244 gilt nicht blos für obligatorische Ansprüche auf Restitution eines bestimmten Gegenstandes, sondern auch für Ansprüche auf Uebergabe eines solchen Gegenstandes (tradere). Der Ausdruck Heraus-

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 7 § 222, I, 16 § 71 (Eccius I § 51), österr. G. B. §. 338.

gabe greift also hier, wie an anderen Stellen des Entwurfes, über die Restitutionspflicht hinaus. Der Grund der Vorschrift trifft auch für die auf Uebergabe eines Gegenstandes gerichteten Schuldverhältnisse zu. Dagegen paßt sie nicht auf die actio ad exhibendum und ad edendum (§§ 774, 775).

Die Vorschrift stellt sich als eine subsidiäre dar, sofern sie bestimmt, wofür, in Ermangelung abweichender Vorschriften, jedenfalls der auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes Verklagte im Falle seiner Verurtheilung haftet, bezw. welche Ansprüche wegen Verwendungen ihm zustehen. Als subsidiäre Vorschrift kommt sie einem unverkennbaren praktischen Bedürfnisse entgegen.

IV. Verzug des Schuldners.

§ 245.

IV. Verzug des Schuldners. a) Voraussetzungen.

Der Verzug des Schuldners involvirt eine von demselben zu vertretende theilweise Unmöglichkeit der Erfüllung der ihm obliegenden Leistung, nämlich der Erfüllung in Ansehung der Zeit, zu welcher sie zu bewirken ist. Erste Voraussetzung für den Eintritt des Verzuges ist die Fälligkeit des betreffenden Anspruches. Zur Fälligkeit muß hinzutreten die Mahnung des Gläubigers, wofern nicht eine solche zufolge der für die Leistung bestimmten Zeit überflüssig ist (§ 245 Abs. 2). Bewirkt der Schuldner die fällige Leistung ungeachtet der vorausgegangenen Mahnung bezw. zu der bestimmten Zeit nicht, so kommt er in Verzug und treten die in §§ 247 ff. normirten Rechtsfolgen ein, wofern er sich nicht gemäß § 246 exkulpirt.

α. Dies interpellat.

Der Satz: dies interpellat pro homine ist, vom franz. Rechte abgesehen, überall anerkannt. Wenn seine Zurückführung auf die römischen Rechtsquellen auch angefochten wird, so hat er sich doch für das Gebiet des gemeinen Rechtes in Deutschland durch eine langdauernde konstante Praxis eingebürgert, auf welche auch jener theoretische Streit keinen Einfluß gewinnen konnte[1]). Im franz. Rechte (code civil Art. 1139, bad. L. R. Satz 1139, Zachariä, franz. Civ. R. II § 308 S. 310 A. 4) ist dagegen der Festsetzung eines Leistungstermines nur dann die Wirkung der Mahnung beigelegt, wenn der vertragsmäßige Schuldtitel zugleich besagt, daß der Schuldner nach Ablauf der bestimmten Zeit ohne Mahnung in Verzug sein solle. Hiermit ist der alleinigen Beifügung des Leistungstermines die Wirkung der Mahnung abgesprochen. Für den Entwurf konnte die Annahme des französischen Prinzipes nicht in Frage kommen. Es bildet gegenüber dem sonst überall in Deutschland geltenden Rechte die Ausnahme, und der Satz, daß der beigefügte dies die Mahnung vertritt, beruht, wie bemerkt, nicht sowohl auf positiver Rechtsvorschrift, als auf der Natur der Sache und lang und fest gewurzelter Rechtsüberzeugung. Im sächs. G. B., im dresd. Entw. und im schweiz. Bd. Ges. (a. a. O.) wird der Rechtssatz „dies interpellat pro homine“ allerdings, gemäß einer weitver-

---

[1]) Gruchot, Zahlung der Geldschuld S. 145 ff.; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 20, 21, 67 (Eccius a. a. O. I § 105); österr. G. B. § 1374; sächs. G. B. § 736; schweiz. Bd. Ges. Art. 117; hess. Entw. Art. 244, bayr. Entw. 124, dresd. Entw. Art. 283 Abs. 2.

breiteten Auffassung des gemeinen Rechtes, nur für den Fall vertragsmäßiger Festsetzung des Leistungstermines anerkannt. Wenn aber der eigentliche Grund des Rechtssatzes darin liegt, daß durch die Zufügung der Zeitbestimmung die Leistungs- und Erfüllungspflicht des Schuldners zu dieser Zeit festgestellt worden ist und der letztere hieraus schon die nöthige Aufforderung, zu leisten, entnehmen muß, so liegt kein Grund zu solcher Beschränkung vor. Der Entwurf anerkennt also den Grundsatz, in Uebereinstimmung mit dem preuß. A. L. R., österr. G. B., dem hess. und bayr. Entw. in allen Fällen ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses, wenn eine bestimmte Leistungszeit festgesetzt ist (also bei Festsetzung des dies durch Rechtsgeschäft, Gesetz, Urtheil). Die Zeit muß aber für die Leistung so bestimmt sein, daß sie sich, auch wenn eine Kündigung nöthig und erfolgt ist, aus dem Kalender ergiebt (sächs. G. B., dresd. Entw. a. a. O.); nur unter dieser Voraussetzung kann der Schuldner nicht im Zweifel sein, daß und wann er ohne Mahnung leisten muß. Hiermit ist die Vorschrift nicht auf die Fälle beschränkt, wo ein genau bestimmtes Datum als Leistungszeit festgesetzt ist; es genügt, wenn nur die letztere nach dem Kalender im einzelnen Falle mindestens derart sich ergiebt, daß für den Schuldner klar vorliegt, wann spätestens geleistet werden muß. Die Hervorhebung der Fälle, in welchen eine Kündigung zur Herbeiführung der kalendermäßigen Leistungszeit erforderlich ist, hielt man bei der großen praktischen Wichtigkeit der Frage, zur Abschneidung aller Zweifel für erforderlich. In den Fällen, in welchen eine Leistungszeit nicht kalendermäßig, z. B. dergestalt bestimmt ist, daß sie von einem Ereignisse abhängt, dessen Eintritt gewiß, während der Zeitpunkt ungewiß ist, gilt die Regel nach der Fassung der Vorschrift (Abs. 2) nicht. In dieser Ausdehnung fand die Regel bisher nur theilweise im geltenden Rechte Anwendung. Diese Ausdehnung ist auch kein Bedürfniß und wäre ohne Modifikationen nicht durchführbar, indem z. B. insbesondere darauf Rücksicht zu nehmen wäre, ob und-wann der Schuldner von dem Eintritt des Ereignisses Kenntniß erlangt hat. Unter solchen Modifikationen müßte überdies die Einfachheit des Gesetzes leiden. Daß die Bestimmung des preuß. A. L. R. (I, 16 § 68), wonach auch der Eintritt der Bedingung den Schuldner, sobald er davon Kenntniß erhält, in Verzug setzen soll, durch den Entwurf reprobirt ist, folgt beim Schweigen des Gesetzes aus den allgemeinen Bestimmungen über die Wirkung der Bedingungen (§§ 128 ff.). — Die Vorschrift des Abs. 2 gilt schlechthin, sobald eine Leistungszeit in der daselbst bezeichneten Weise bestimmt ist. Es besteht also nicht blos im Zweifel die Vermuthung, daß ein beigefügter dies die Mahnung vertreten soll. Der Grundsatz hat nur dann praktischen Werth, wenn er, unter der in Abs. 2 formulirten Voraussetzung, schlechthin gilt. Liegt eine solche Bestimmung vor, so muß davon ausgegangen werden, daß die Festsetzung der Leistungszeit gerade zu dem Zwecke erfolgte, um auszudrücken, der Schuldner sei zu der festgesetzten Zeit auch zu leisten verpflichtet. Sollte die Festsetzung nur die Bedeutung haben, der Gläubiger dürfe vorher nicht fordern, so müßte dies besonders, wenn auch nicht ausdrücklich, bestimmt werden. Nur durch die einfache Rechtsnorm wird den Anforderungen des Lebens und den Bedürfnissen des Verkehres entsprochen.

Selbstredend wird durch die Beifügung eines dies der Charakter einer Holschuld nicht verändert. Wenn bei einer solchen der Gläubiger die Leistung nicht holt bezw. zur Empfangnahme sich nicht einstellt, so kommt der Schuldner durch den Ablauf des dies nicht in Verzug.

β. Mahnung; In Ermangelung eines für die Leistung gesetzten dies ist Mahnung des Schuldners durch den Gläubiger erforderlich. Die Mahnung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, auf welches die allgemeinen Vorschriften über derartige Rechtsgeschäfte Anwendung finden (s. bes. §§ 74 ff.). Hiernach sind auch besondere Vorschriften über Mahnung durch einen Vertreter des Gläubigers, bezw. gegenüber einem Vertreter des Schuldners nicht erforderlich[1]). Die Mahnung ist formfrei; hierin stimmt der Entwurf, abgesehen vom franz. Rechte, nach welchem die außergerichtliche Mahnung durch Vermittelung eines Huissier oder Notars erfolgen muß (code civil Art. 1139), mit dem geltenden Rechte überein. Im Hinblicke auf die Vorschrift des § 75 erübrigt eine weitere Fürsorge für den Gläubiger für den Fall, daß der Schuldner abwesend und sein Aufenthalt unbekannt ist[2]). Ueberdies gilt, was der Entwurf bei der großen praktischen Wichtigkeit der Frage außer Zweifel stellt, als Mahnung die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren, sowie die Erhebung der Klage auf Verurtheilung zur Leistung. Letzteres könnte immerhin in Zweifel gezogen werden. Die Auffassung wäre mindestens nicht für alle Fälle ausgeschlossen, daß der Gläubiger, indem er sich an den Richter wende und Verurtheilung des Schuldners zur Leistung begehre, erst die Leistung nach der Verurtheilung verlange. Die Bestimmung gewinnt zudem eine besondere Bedeutung, wenn im Anwaltsprozesse eine Widerklage erhoben oder, wenn erst während des Prozesses die Zeit der Leistung eingetreten ist, in welchem Falle eine Art von Perpetuirung der Mahnung sich annehmen läßt, sofern die Fortführung des Prozesses erfolgt, oder wenn die Frage entsteht, ob opportuno tempore und loco gemahnt worden. Die Erhebung der Feststellungsklage dagegen enthält keine Mahnung[3]). — Der Entwurf beruht auf der Auffassung, daß begrifflich eine eventuelle oder bedingte Mahnung unwirksam ist. Eine entsprechende Vorschrift ist nicht aufgenommen; es soll diesfalls der Rechtswissenschaft nicht vorgegriffen werden.

Inhalt derselben. Der Inhalt der Mahnung bestimmt sich nach dem hierfür maßgebenden Inhalte des Schuldverhältnisses. Es erscheint überflüssig, aber auch bedenklich, die Erfordernisse der Mahnung in dieser Richtung durch einen gesetzlichen Ausspruch festzulegen. Das Richtige wird sich aus dem Wesen und dem Zwecke der Mahnung unschwer ergeben. Andererseits sind die Fälle einer pluspetitio so verschiedenartige, daß eine Bestimmung des Inhaltes, durch pluspetitio werde die Mahnung wirkungslos, in hohem Grade gefährlich wirken könnte. Die

---

[1]) S. bes. §§ 65, 116, 123, 127; vergl. sächs. G. B. § 734, hess. Entw. Art. 243 bayr. Entw. Art. 125, 129, dresd. Entw. 286.

[2]) Vergl. Windscheid § 278 Nr. 4, sächs. G. B. § 734, hess. Entw. Art. 244.

[3]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 16 § 71; österr. G. B. § 1334; sächs. G. B. § 733 hess. Entw. Art. 243.

Praxis hat diesfalls, auch ohne gesetzliche Vorschrift (vergl. hess. Entw. Art. 243 Abs. 2, sächs. G. B. § 734), schon bisher den richtigen Weg gefunden[1]). Aus dem Inhalte des Schuldverhältnisses ergiebt sich ferner von selbst, daß bei einer sogenannten Holschuld der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers nur dann in Verzug gesetzt wird, wenn der Gläubiger sich zur Empfangnahme beim Schuldner einfindet; ebenso, daß, wenn es zur Legitimation des Gläubigers der Vorlegung eines Papieres bedarf oder der Schuldner nur gegen Aushändigung einer Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet ist, der Gläubiger aber die Legitimation nicht beibringt oder die Schuldverschreibung nicht aushändigt (vergl. §§ 308, 688), der Schuldner so wenig in Verzug geräth, als wenn der letztere die Leistung deshalb verweigert, weil der Gläubiger demselben keine Quittung einhändigt (§§ 269 ff.). Hiernach sind hier auch keine besonderen Bestimmungen zu geben über den Fall des gegenseitigen Vertrages, wenn der Gläubiger die Erfüllung nur nach vorgängiger Bewirkung der ihm obliegenden Leistung oder nur Zug um Zug zu verlangen berechtigt ist (§§ 362 ff.), sowie für gegenseitige Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeiten überhaupt[2]). Bedarf es zur Erfüllung einer Mitwirkung des Gläubigers in anderer bestimmter Weise, so ist klar, daß, so lange der Gläubiger die entsprechende Thätigkeit nicht vornimmt und der Schuldner aus diesem Grunde zu erfüllen außer Stande ist, von Verzug des Schuldners auch keine Rede sein kann, z. B. wenn der Gläubiger die zu liefernde Waare erst näher zu spezifiziren oder bei der Ausscheidung mitzuwirken hat. Nach Lage der Sache kann in derartigen Fällen sogar eine wiederholte Mahnung des Gläubigers nach erfolgter Bereitschaft desselben zur Mitwirkung erforderlich sein[3]).

Ueber die Zeit der Mahnung ist nichts weiter bestimmt, als daß sie wirksam erst nach der Fälligkeit erfolgen kann. Bei der Beurtheilung, ob in Folge der Mahnung Verzug eingetreten sei, ist zu berücksichtigen, welche Zeit die Bewirkung der Leistung erfordert. Letzteres kommt auch insoweit in Betracht, als die Mahnung an einem anderen Orte als an dem der zu bewirkenden Leistung erfolgt. Im Uebrigen aber hängt von der Zeit und dem Orte der Mahnung deren Wirksamkeit nicht ab. Zeit.

Der Entwurf spricht nicht aus, daß der Deliktschuldner im Falle widerrechtlicher Entziehung eines Gegenstandes ohne Mahnung von der Entziehung ab als im Verzuge befindlich anzusehen sei (mora ex re, Windscheid § 278 Nr. 2, sächs. G. B. § 739, hess. Entw. Art. 244 Ziff. 3, bayr. Entw. Art. 126, dresd. Entw. Art. 190). Die Verzugsfolgen und die Verpflichtungen des Deliktschuldners sind selbständig normirt (§§ 240 Abs. 2, 247 ff., §§ 715 ff.). γ. Mora ex re.

---

1) S. Eccius I S. 709 ff., Gruchot a. a. O. S. 161 Abs. 8, Mot. zu § 734 des sächs. G. B. (Siebenhaar, Kommentar II S. 54), Entsch. des vorm. R. O. H. G. IX S. 271 ff., XVI S. 200 ff., XVIII S. 276 ff., Seuffert's Archiv XXXII Nr. 309, Entsch. des R. G. in Civils. IX Nr. 31 S. 141 f., XIV Nr. 25 S. 108.

2) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 22, 23; bayr. Entw. Art. 130.

3) Sächs. G. B. § 737; dresd. Entw. Art. 285.

§ 246.

f. Verschulden. Exkulpationsgründe.

Verzug tritt nicht ein, wenn und so lange der Schuldner in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten nicht verpflichtet ist. In Ansehung der Gründe, welche den Schuldner von der Leistung befreien, und des Umfanges seiner Vertretungspflicht sind die allgemeinen Grundsätze (§§ 237, 241), vor Allem der Inhalt des Schuldverhältnisses, maßgebend. Im gemeinen Rechte herrscht Streit, ob das Eintreten der Verzugsfolgen schon an die bloße Thatsache der nicht rechtzeitigen Erfüllung geknüpft oder durch ein Verschulden des Schuldners, mindestens dadurch bedingt sei, daß der Grund des Verzuges in ihm selbst liege. Der Entwurf folgt der, auch in der Praxis herrschenden gemeinrechtlichen Anschauung, welche von der modernen Gesetzgebung[1]), abgesehen vom franz. Rechte und dem schweiz. Bd. Ges.[2]), angenommen ist. Das letztere gewährt dem Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob der Verzug auf einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstande beruht, den Anspruch auf Verzugszinsen, sowie das Recht, bei gegenseitigen Verträgen nach Ablauf einer angemessenen Frist vom Vertrage zurückzutreten, bezw. die ihm nutzlos gewordene Leistung zurückzuweisen; von der Haftung für Zufall kann sich der Schuldner dagegen durch den Nachweis der Schuldlosigkeit befreien, und Schadensersatz über die Verzugszinsen hinaus und in Fällen, wo solche nicht zu leisten sind, kann der Gläubiger nur fordern, wenn dem Schuldner ein Verschulden nachgewiesen wird. Aus der richtigen Auffassung, daß der Verzug die Nichterfüllung der Verbindlichkeit in einer gewissen Richtung ist, ergiebt sich die Nothwendigkeit, die Voraussetzung des Verzuges, bezw. seiner Folgen in subjektiver Hinsicht einheitlich in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen über die Vertretbarkeit der Nichterfüllung bezw. über die Unmöglichkeit der Erfüllung festzusetzen. Aus jener prinzipiellen Auffassung folgt daher, daß der Schuldner sich gegen den Vorwurf des Verzuges in demselben Umfange und durch dieselben Umstände, wie gegenüber vertretbarer gänzlicher Unmöglichkeit oder anderer theilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung muß exkulpiren können. Vor Allem kommt es auf das konkrete Schuldverhältniß an, inhaltlich dessen gerade in Ansehung des Verzuges und seiner Folgen oder der einen oder anderen Folge des Verzuges eine strengere Haftung des Schuldners begründet sein kann. Gemäß dem Inhalte des Schuldverhältnisses liegt insbesondere dem Schuldner, wofern er im Zweifel oder in einem Irrthume über das Schuldverhältniß sich befindet, die Verpflichtung ob, auf die an ihn ergangene Mahnung hin zu prüfen, ob und inwiefern die letztere berechtigt ist, das Schuldverhältniß besteht. Diese Prüfungspflicht ist in dem Schuldverhältnisse unmittelbar begründet (§ 224 Abs. 1). Ein Zweifel des Schuldners an der Verbindlichkeit (sächs. G. B. § 738, dresd. Entw. Art. 284) kommt zu Gunsten des Schuldners hiernach

---

[1]) Windscheid §§ 276, 277; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 97, 98, 102, 216, 1077, I. 13 § 180, I, 14 § 172, I, 16 §§ 15, 16, 26; österr. G. B. § 1295; sächs. G. B. § 738; hess. Entw. Art. 241, 245, bayr. Entw. Art. 124, 127, dresd. Entw. Art. 283, 284.

[2]) Für das franz. R. s. Zachariä II § 308, § 331; schweiz. Bd. Ges. Art. 118. 119, 121, 122, 125.

überhaupt nur in Betracht, wenn in demselben im gegebenen Falle ein entschuldbarer Irrthum zu erblicken ist (§ 241). Selbstverständlich ist, daß die Mahnung nach Hebung des Irrthumes oder des anderen zeitweiligen Exkulpationsgrundes nicht zu wiederholen ist, sowie, daß solchenfalls der beigefügte dies ohne Weiteres wirksam wird.

§ 247.

Die §§ 247 ff. beschäftigen sich mit den Rechtswirkungen der mora solvendi, welche allgemein oder wenigstens bei allen Schuldverhältnissen gewisser Art eintreten. Daneben sind für gewisse Verhältnisse noch besondere Rechtsfolgen geeigneten Ortes (vergl. z. B. §§ 422, 528 Nr. 2, auch § 677 Nr. 3) bestimmt. b) Wirkungen.

Aus dem Wesen des Verzuges folgt unmittelbar die Verpflichtung des Schuldners zum Ersatze des dem Gläubiger durch den Verzug verursachten Schadens, also des vollen Verzugsinteresses des Gläubigers nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 218 ff.[1]). Aus jenen Vorschriften ergeben sich die Ansprüche des Gläubigers je nach Verschiedenartigkeit des Leistungsgegenstandes von selbst; es ist unnöthig, dies durch Beispiele (sächs. G. B. §§ 743, 744, hess. Entw. Art. 253 Abs. 1, 2, bayr. Entw. Art. 136 Abs. 1, 2, dresd. Entw. Art. 295, 297) zu verdeutlichen. Ebenso ist (§ 247 Abs. 1, § 218) auch für den Verzug die Ablehnung des im preußischen Rechte noch geltenden Grundsatzes ausgesprochen, gemäß welchem der Umfang der Schadensersatzforderung sich nach der Natur des Geschäftes und dem Grade der Verschuldung verschieden bemißt, sowie überhaupt jeder Beschränkung der Forderung des wirklichen Interesses (code civil Art. 1149—1151; vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 116). Die im sächs. G. B. § 741 und im dresd. Entw. Art. 296 (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 859) sich findende Bestimmung, daß, wenn der Schuldner mit der Leistung vertretbarer Sachen in Verzug komme, der Gläubiger ohne Weiteres die Wahl habe, die Sachen selbst oder deren Werth zu verlangen, erscheint nach den Vorschriften des § 247 Abs. 1, 243 nicht gerechtfertigt, im Hinblicke auf das dem Gläubiger nach § 247 Abs. 2 zustehende Recht auch nicht durch ein Bedürfniß geboten. Ebensowenig ist eine Vermuthung, wie sie das sächs. G. B. § 743 verb. mit § 309 hinsichtlich des Umfanges des vom Schuldner zu leistenden Fruchtersatzes aufstellt, erforderlich. Das freie Ermessen des Gerichtes (C. P. O. § 260) würde hierdurch unnöthig beschränkt. α. Volles Verzugsinteresse.

Zum zweiten Absatze s. die Motive zu den §§ 242, 369 Abs. 2. Vergl. dresd. Entw. Art. 305, schweiz. Bd. Ges. Art. 125, H. G. B. Art. 354, 355.

---

[1]) Windscheid § 280; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 16, 17, 18, I, 11 § 97, Förster-Eccius I § 105 S. 809; sächs. G. B. §§ 740, 744; hess. Entw. Art. 236, 250, 252, 53, bayr. Entw. Art. 109, 133, 135, 136, dresd. Entw. Art. 291, 297; code civil Art. 1146 ff.; schweiz. Bd. Ges. Art. 121, 124, 125.

§ 248.

β. Verzugszinsen.

Die Vorschrift des Abs. 1 entspricht dem geltenden Rechte[1]). Wenn der Schaden des Gläubigers darin besteht, daß er zeitweise eine Geldsumme nicht hat, so erheischt in der That das praktische Bedürfniß, daß das Gesetz dem Gläubiger bei der Schadensliquidation zu Hülfe kommt und einen Durchschnittsbetrag feststellt, von welchem angenommen wird, daß ihn der Gläubiger jedenfalls hätte ziehen können, und welchen er fordern darf, ohne eine Zinseneinbuße oder einen sonstigen Schaden beweisen zu müssen. Im Hinblicke auf diesen Grund der positiven Vorschrift des Abs. 1 kann der Standpunkt des französischen Rechtes (code civil Art. 1153, Zachariä a. a. O. II § 308 S. 316 ff.; vergl. österr. G. B. § 1333), wonach die Vorschrift auch zu Gunsten des Schuldners gilt, dergestalt, daß bei Forderungen auf eine Geldsumme der Schadensersatzanspruch des Gläubigers auf die Verzugszinsen beschränkt ist, nicht befolgt werden. Die Verpflichtung des Schuldners zur Bezahlung von Verzugszinsen entspringt aus der allgemeinen Verbindlichkeit zum Ersatze des Verzugsinteresses und enthält nur eine Begünstigung des Gläubigers. Hiernach muß es, falls der dem Gläubiger durch den Verzug verursachte Schaden die Vergütung, welche er durch die Verzugszinsen erhält, übersteigt, dem Gläubiger auch freistehen, den Ersatz des höheren Schadens, den er nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen hat, zu fordern (Abs. 2). Wenn das schweiz. Bd. Ges. (Art. 119, 121) den Anspruch auf Verzugszinsen schon bei objektiver mora, den Anspruch auf weiteren Schadensersatz aber nur im Falle des Nachweises einer Verschuldung des Schuldners gewährt, so beruht dies auf der eigenthümlichen Behandlung des Verzuges und seiner Folgen in diesem Gesetze.

γ. Ersatz höheren Schadens.

Dieselben praktischen Gründe, auf welchen die Zulassung des Anspruches auf Verzugszinsen bei einer eigentlichen Geldschuld (§ 215) beruht, treffen in gleicher Weise zu, wenn dem Gläubiger durch den Verzug individuell bestimmtes Geld, z. B. eine deponirte Menge Geldes vorenthalten wird (Abs. 3; vergl. § 717).

Von der Vorschrift des § 248 ist, abgesehen von § 249, nur für den Fall der Schenkung eine Ausnahme gemacht (§ 445).

Die Verzugszinsen bilden eine gesetzliche Erweiterung der Forderung des Gläubigers (vergl. § 672), unterliegen deshalb auch derselben Verjährung, wie diese (s. § 157).

§ 249.

δ. Verzugszinsen aus Zinsen.

Das gemeinrechtliche Verbot des Anatozismus[2]) begreift auch das Nehmen von Verzugszinsen aus Zinsen. Jedoch ist das Verbot in dieser Beziehung in der bestehenden Gesetzgebung schon vielfach modifizirt. Während dasselbe im

---

[1]) Windscheid § 280 Nr. 1 Note 8; R. Ges. vom 14. November 1867 § 3; preuß A. L. R. I, 16 §§ 64, 65, I, 11 §§ 827—834, 227; österr. G. B. § 1333; hess. Entw. Art. 253, bayr. Entw. Art. 136, dresd. Entw. Art. 298, 300; code civil Art. 1153; schweiz. Bd. Ges. Art. 119, 121.

[2]) S. Motive zu § 358.

sächs. G. B., abgesehen vom Kontokorrentverkehre von Kaufleuten und Gewerbtreibenden unter sich oder mit anderen Personen (§§ 679, 681, vergl. H. G. B. Art. 291) und im dresd. Entw. (Art. 299) ausdrücklich aufrechterhalten wurde, ist durch das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 818, 821 gestattet, aus rechtskräftig zuerkannten Zinsrückständen, falls der Schuldner vor Ablauf der im Urtheile bestimmten Frist Zahlung nicht leistet, vom Tage der Rechtskraft des Erkenntnisses an Zinsen zu fordern. Nach dem code civil Art. 1154 können aus Zinsen, insofern sie wenigstens von einem ganzen Jahre rückständig sind, von Zeit der angestellten Klage an Zinsen gefordert werden (Zachariä a. a. O. II § 308 S. 317 ff.). Das österr. Ges. vom 14. Juni 1868 und das ungar. Ges. vom 20. November 1868 lassen Zinsen aus fälligen Zinsen, wenn letztere eingeklagt werden, vom Tage der Klagebehändigung ab allgemein zu[1]). Das schweiz. Bd. Ges. Art. 120 bestimmt, daß der Schuldner, welcher mit Zahlung von Zinsen irgend einer Art im Verzuge ist, erst vom Tage der Anhebung der Betreibung oder der gerichtlichen Klage an Verzugszinsen zu bezahlen hat. Durch das R. Ges. vom 14. November 1867 und das Wucherges. vom 24 Mai 1880 wurde das in Deutschland bestehende Recht, betreffend das Verbot des Anatozismus, augenscheinlich aus volkswirthschaftlichen Gründen, nicht berührt. Im Hinblicke auf diesen Rechtszustand und auf die in neuester Zeit gemachten Erfahrungen erachtete man es für bedenklich, das Verbot des Anatozismus allgemein hinsichtlich der Verzugszinsen aus Zinsen aufzuheben und dadurch die Aufhebung der Wucherverbote noch zu erweitern. Es erscheint jedoch genügend, an dem Grundsatze, daß Zinsen aus Zinsen nicht genommen werden dürfen, insoweit festzuhalten, als Verzugszinsen aus gesetzlichen Zinsen in Frage stehen. Auf solche findet also die Bestimmung in § 248 Abs. 1 überhaupt keine Anwendung. Hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Zinsen erscheint es dagegen unbedenklich, den gedachten Grundsatz nur mit der, schon in der Gesetzgebung theilweise eingeführten Beschränkung anzuerkennen, daß von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Anspruches auf die rechtsgeschäftlichen Zinsen an (s. auch C. P. O. § 633 ff.) Verzugszinsen zu entrichten sind. Von der Zulassung des Nehmens von Verzugszinsen in dieser Beschränkung sind Nachtheile nicht wohl zu besorgen; in der Beschränkung liegt der für den Schuldner nöthige Schutz. Wollte man das Nehmen von Verzugszinsen aus Zinsen auch mit dieser Modifikation nicht zulassen, so würde ohne zureichende Gründe von einer allgemeinen Rechtsnorm eine den Gläubiger benachtheiligende und unter Umständen für ihn sehr empfindliche Ausnahme bestimmt. Die Modifikation steht auch in einem gewissen Einklange mit der Vorschrift des § 358, wonach die zum Voraus getroffene Vereinbarung, daß fällig werdende Zinsen im Falle der Nichtzahlung wieder Zinsen tragen sollen, nichtig ist. Schon die Mahnung des Gläubigers, wenn sie nicht durch Klagerhebung oder Zustellung eines Zahlungsbefehles erfolgt, zur Begründung der Zinsverpflichtung für ausreichend zu erklären, hielt man für mißlich, weil man sich hierdurch vom geltenden Rechte zu weit entfernen und die Gefahr einer für das allgemeine Wohl schädlichen Bedrückung des Schuldners hervorrufen würde.

aus gesetzlichen

aus rechtsgeschäftlichen Zinsen.

[1]) Ebenso ein frankf. Ges. vom 2. Mai 1864.

Keinem Bedenken unterliegt es dagegen, überall dem Gläubiger das Recht zu belassen, auf Grund des allgemeinen Prinzipes (§ 247 Abs. 1) die Erstattung des durch den Verzug des Schuldners dem Gläubiger erweislich verursachten Schadens zu fordern (§ 249 Satz 3). Von diesem Rechte sind ernste Nachtheile nicht zu befürchten.

§§ 250, 251.

e. Haftung für Fahrlässigkeit, Zufall.

Der § 250 schließt sich dem geltenden Rechte an; ebenso der in § 251 ausgesprochene Grundsatz der Haftung des Schuldners für einen während des Verzuges eingetretenen Zufall, welcher die Leistung ganz oder theilweise unmöglich macht. Die Vorschriften beruhen auf dem Prinzipe, daß der Schuldner, welcher sich im Verzuge befindet, für alle Folgen desselben aufzukommen und das volle Interesse zu ersetzen hat[1]).

Einrede des Schuldners.

Durch die der Vorschrift des § 251 beigefügte Beschränkung (vergl. § 716) ist jedoch zunächst die für das gemeine Recht vereinzelt vertretene Meinung abgelehnt, daß der im Verzuge befindliche Schuldner unbedingt für den Zufall einzustehen habe. Vielmehr ist dem Schuldner die Einrede nachgelassen, daß der durch den betreffenden Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden wäre. Hiermit wird weiter gegen die Auffassung des preuß. Rechtes (vergl. zu A. L. R. I, 16 § 18, I, 7 § 241. I, 21 § 251, Eccius I § 105 A. 44, Entsch. des vorm. R. O. H. G. IX Nr. 42 S. 141, XXI Nr. 77 S. 241 ff.), des österr. G. B. § 965 und des dresd. Entw. Art. 293, 294 die bekannte Streitfrage, ob der Schuldner, um sich von der Haftung freizumachen, auch beweisen müsse, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung den Leistungsgegenstand behalten hätte, oder ob vielmehr der Gläubiger im Wege der Replik behaupten und beweisen müsse, daß er vor Eintritt des Zufalles veräußert hätte, im Anschlusse an die heutzutage in der gemeinrechtlichen Doktrin herrschende Ansicht[2]), sowie an das sächs. G. B. §§ 745, 307 und an das schweiz. Bd. Ges. Art. 118[3]) zu Ungunsten des Schuldners entschieden. Der Schuldner wird frei, wenn er, soweit dies nach Lage des Falles und der dem Richter zustehenden freien Beweiswürdigung noch erforderlich ist, beweist, daß der durch den betreffenden Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden wäre, also, daß der

---

[1]) Perpetuatio obligationis, l. 24 § 2 D. de usuris 22,1, l. 91 § 3 D. de V. O. 45,1, Windscheid, II § 280 Nr. 2; preuß. A. L. R. I, 16 § 16, I, 11 §§ 115, 936, I, 12 §§ 309, 310, I, 14 §§ 72, 141, I, 20 § 131, I, 21 §§ 172. 251, 332, 333, I, 3 § 13, I, 6 § 16; österr. G. B. § 965; sächs. G. B. § 745; schweiz. Bd. Ges. Art. 118; code civil Art. 1138, 1245, 1302, 1304, Zachariä a. a. O. II § 308 S. 315, § 331 S. 388 Noten 6, 8; hess. Entw. Art. 249, 250, 252, bayr. Entw. Art. 132, 133, 135, dresd. Entw. Art. 292, 293, 294.

[2]) Windscheid § 280 bei und in Note 15, vergl. Dernburg preuß. P. R. II § 72 A. 10.

[3]) Kommentar von Schneider und Fick S. 114; ebenso hess. Entw. Art. 250, 252, bayr. Entw. Art. 133, 135.

Gläubiger auch bei rechtzeitiger Leistung über den Gegenstand nicht in einer Weise disponirt hätte, wonach die Einwirkung des Zufalles auf den Gegenstand ausgeschlossen gewesen wäre. Mit dieser Feststellung ist der Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Verzuge des Schuldners zerschnitten. Wenn man dem Gläubiger den Beweis auferlegen wollte, der Zufall in dem erwähnten Sinne würde ihn nicht getroffen haben, so müßte er die mit der Beweislast verbundene Gefahr tragen. Dem Schuldner, welcher zur Leistung des vollen Interesse verpflichtet ist und durch sein rechtswidriges Verhalten die Ermittelung und Feststellung der Thatsachen, von denen der Anspruch des Gläubigers abhängt, erschwert oder vereitelt hat, wird mit Fug und Recht die volle Beweispflicht auferlegt. Der § 251 enthält insoweit eine auf bestimmten Erwägungen beruhende positive Bestimmung. Der dem Schuldner nachgelassene Beweis ist darauf beschränkt, daß ebenderselbe Zufall, welcher den Gegenstand während des Verzuges betroffen hat, den Gegenstand auch im Falle rechtzeitiger Leistung bei dem Gläubiger betroffen haben würde. Dies ist auch der Standpunkt der bestehenden Gesetzgebung. Wollte man dem Schuldner allgemein den Beweis nachlassen, daß der Gläubiger den Schaden auch sonst erlitten haben würde (Zachariä II S. 388 Note 8), so läge hierin die Anerkennung des Prinzipes, daß der im Verzuge befindliche Schuldner überhaupt von der Haftung befreit werde, falls er beweise, daß der Gläubiger den Schaden später doch erlitten haben würde. Dieses Prinzip stände aber mit dem Wesen des Schadensersatzanspruches geradezu im Widerspruche.

Die Vorschrift des § 251 gilt, worauf auch der Wortlaut hinweist, in Ansehung eines jeden Leistungsgegenstandes, nicht blos für Sachleistungen, insbesondere auch wenn Handlungen geschuldet werden.

Aus §§ 251, 240 Abs. 2, 247 folgt ferner, daß der Gläubiger keineswegs ohne Weiteres den höchsten Werth fordern kann, welchen der Leistungsgegenstand während der Dauer des Verzuges hatte (hess. Entw. Art. 252, bayr. Entw. Art. 133; vergl. preuß. A. L. R. I, 6 § 85, Entsch. des vorm. R. O. H. G. VIII S. 115 ff.); für die Werthsbestimmung ist vielmehr zunächst die Zeit entscheidend, in welcher der Schuldner zu leisten verpflichtet war. Eine besondere Bestimmung für den Fall, daß der Leistungsgegenstand nach dem Verzuge im Werthe oder Preise gesunken (Windscheid a. a. O. II § 280 Nr. 3; sächs. G. B. § 744, dresd. Entw. Art. 295), ist auch in der Beschränkung auf den Fall, wo es sich um die Leistung von marktgängigen Waaren, insbesondere von dem Kurse unterliegenden Werthpapieren handelt, für den bürgerlichen Verkehr nicht erforderlich. Dürfte man eine Werthverringerung durch Sinken der Preise als eine Verschlechterung im Sinne des § 251 auffassen, so fände diese Bestimmung Anwendung. Die Gleichstellung der zufälligen Werthverringerung durch Sinken der Preise mit der Verschlechterung des Gegenstandes läßt sich jedoch kaum rechtfertigen. Dem Gläubiger ist aber nach allgemeinen Grundsätzen unbenommen, den ihm in Folge der Werthverringerung erwachsenen Schaden geltend zu machen, wenn er erweislich bei rechtzeitiger Leistung vor der Werthverminderung nach Eintritt des Verzuges verkauft haben würde. Die Verweisung auf das allgemeine Prinzip (§ 247) genügt vollständig zur Wahrung des Interesse des Gläubigers.

Werthsbestimmung.

§ 252.

ζ. Verzinsung der Ersatzschuld.

Die Bestimmung des § 252 (vergl. § 717) bezieht sich nur auf den Fall, wenn der Leistungsgegenstand nach Eintritt des Verzuges untergegangen oder verschlechtert ist. Der zum Ersatze des vollen Verzugsinteresse verpflichtete Schuldner müßte, wenn der Untergang oder die Verschlechterung nicht eingetreten wäre, dem Gläubiger den Leistungsgegenstand mit allen Nutzungen ausfolgen, bezw. demselben dafür eine besondere Geldentschädigung gewähren (§ 247 Abs. 1). An sich müßte der Gläubiger den Schaden, welcher ihm durch die Entziehung der Nutzungen während des Verzuges entstanden, beweisen. Von dieser Beweispflicht wird der Gläubiger jedoch aus Billigkeitsrücksichten insoweit befreit, als ihm die Befugniß beigelegt wird, von dem Betrage des Werthes der untergegangenen Sache und des Werthsunterschiedes für den verschlechterten Gegenstand ohne Weiteres fünf Prozent Zinsen (s. §§ 217, 220) von dem Tage an zu fordern, an welchem der Schuldner mit der Leistung des Gegenstandes in Verzug gekommen ist[1]). Die Zinsen erhält er hiernach als Entschädigung für die entzogenen Nutzungen, d. h. für die entzogenen natürlichen und bürgerlichen Früchte und den entzogenen Gebrauchswerth (§ 793). Deshalb kann der Gläubiger, wenn er, anstatt den betreffenden Schaden besonders zu liquidiren, von dieser Befugniß Gebrauch macht, nicht daneben für dieselbe Zeit, für welche er die Zinsen fordert, auch noch eine besondere Entschädigung für die entzogenen Nutzungen verlangen.

§ 253.

c) Purgatio morae.

Aus dem Wesen des Schuldnerverzuges und seinen Wirkungen folgt von selbst, daß der Verzug für die Zukunft aufhört, wenn der Schuldner das Versäumte nachholt. Daß hierzu insbesondere auch der Ersatz der dem Gläubiger aus dem bisherigen Verzuge erwachsenen Nachtheile gehört, folgt daraus, daß die Ansprüche des Gläubigers aus dem Verzuge des Schuldners nur eine Erweiterung seines ursprünglichen Anspruches bilden (s. dagegen § 262)[2]). Bedenklich ist der Satz, daß purgatio morae nur dann eintrete, wenn die mora des anderen Theiles beginne (vergl. preuß. A. L. R. I, 16 § 24). Wird z. B. von dem säumigen Schuldner mit der Leistung der schuldigen, zu ihrer Vollendung eine gewisse Zeit bedürfenden Handlung begonnen, so hört die mora solvendi auf, ohne daß eine mora accipiendi vorzuliegen braucht. Wie die Nachholung des Versäumten im einzelnen Falle sich zu gestalten hat, kann im Gesetze nicht bestimmt werden. Daß der Verzug des Schuldners für die Zukunft aufhört, wenn hierbei der Gläubiger in Verzug kommt (hess. Entw. Art. 257 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 141 Abs. 2), folgt unmittelbar aus der Vorschrift des § 253.

Selbstständigkeit der Verzugsansprüche.

Schon an anderer Stelle ist der Standpunkt des Entwurfes zu der Frage dargelegt, ob der Gläubiger seine Ansprüche aus dem Verzuge nur in

---

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 744, dresd. Entw. Art. 301, preuß. A. L. R. I, 16 § 66, R. G. Entsch. in Civils. VIII Nr. 60 S. 237.

[2]) Purgatio morae: Windscheid § 281 Nr. 1, Entsch. des vorm. R. O. H. G. IX Nr. 79 S. 266, Dernburg, preuß. P. R. II § 72 Note 19, sächs. G. B. § 753, hess. Entw. Art. 256, bayr. Entw. Art. 140, dresd. Entw. Art. 317.

Verbindung mit der Klage wegen der Hauptforderung oder selbständig geltend machen könne, bezw. ob mindestens ein Vorbehalt bezüglich der Ansprüche aus dem Verzuge zu deren Konservirung im Falle der alleinigen Geltendmachung der Hauptforderung nöthig sei[1]). Hiernach ist eine solche formelle Abhängigkeit der Ansprüche aus dem Verzuge, insbesondere des Anspruches auf die Verzugszinsen von dem Hauptanspruche nicht anerkannt und lediglich Thatfrage, ob, wenn der Gläubiger die Hauptforderung ohne jene weiteren Ansprüche geltend gemacht oder erhoben hat, hierin ein Verzicht auf die letzteren zu erblicken ist. Wenn die Forderung, in Beziehung auf welche der Schuldner sich im Verzuge befindet, erlischt, so ist von da an ein Verzug des Schuldners und eine fernere Verzugswirkung undenkbar (schweiz. Bd. Ges. Art. 129 Abs. 1). In der bestehenden Gesetzgebung ist theilweise, entsprechend einem auch in der Doktrin aufgestellten Satze (Windscheid § 281 Nr. 4, Eccius a. a. O. I § 105 Nr. I a. E.), ausgesprochen, daß mit dem Erlöschen der Forderung auch die durch den Verzug schon begründeten Ansprüche wegfallen, ausgenommen wenn die Aufhebung der Forderung auf einer freiwilligen Handlung des Gläubigers beruhe und die Ansprüche vom Gläubiger vorbehalten worden seien (sächs. G. B. § 754, hess. Entw. Art. 256 Ziff. 1, bayr. Entw. Art. 140 Ziff. 2 Abs. 2). Schon aus der formellen Selbständigkeit der Verzugsansprüche ergiebt sich die Unrichtigkeit jenes allgemeinen Satzes. Es ist keine dem Verzuge oder dessen Wirkungen beiwohnende Eigenthümlichkeit, daß mit der Aufhebung der Forderung auch die schon entstandenen Ansprüche aus dem Verzuge erlöschen, obwohl dieselben nur Erweiterungen der ursprünglichen Forderung sind. Vielmehr kommt es auf die rechtliche Wirkung der Aufhebungsgründe an sich und im einzelnen Falle an.

Ueberflüssig ist es, auszusprechen, daß der Beseitigung der Wirkungen des Verzuges durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner nichts im Wege steht (sächs. G. B. § 755). Wenn vielfach scheinbar unbedingt bestimmt wird, der Verzug des Schuldners höre auf, wenn der Gläubiger dem Schuldner Stundung oder Frist bewillige[2]), so mag dies für viele oder die meisten Fälle richtig sein. Allein möglich ist es doch, daß der Gläubiger auf die Fristbewilligung zwar eingeht, jedoch nur auf Gefahr des Schuldners, so daß dieser als morosus verhaftet bleiben will und soll. Gleichermaßen ist es Thatfrage, ob, wenn der Gläubiger Frist mit der Wirkung der Verzugsbeendigung bewilligt hat, hiermit auch die schon erwachsenen Verzugswirkungen nachgelassen werden sollten oder nicht. Weder in der einen noch in der anderen Richtung ist eine gesetzliche Vorschrift erforderlich, besonders auch die Aufstellung einer Vermuthung nicht am Platze, daß im letzterwähnten Falle die bisherigen Verzugswirkungen nicht als erlassen gelten[3]).

---

[1]) Hess. Entw. Art. 255; bayr. Entw. Art. 139, dresd. Entw. Art. 302; sächs. G. B. § 754; schweiz. Bd. Ges. Art. 129 Abs. 2; siehe zu § 217.

[2]) Windscheid § 281 Nr. 2; sächs. G. B. § 755; hess. Entw. Art. 257, bayr. Entw. Art. 142, dresd. Entw. Art. 303.

[3]) Sächs. G. B. und dresd. Entw. a. a. O.; vergl. preuß. A. L. R. I, 16 §§ 69, 70, Eccius I § 105 A. 53, 54.

V. Verzug des Gläubigers.

§ 254.

V. Mora creditoris. Doktrin und Gesetzgebung.

Ueber das Wesen des Verzuges des Gläubigers bestehen verschiedene Ansichten. Abgesehen von den Erfordernissen der Oblation (§ 255), herrscht Streit, ob, wie die mora solvendi ein Verschulden des Schuldners involvire, die mora creditoris in schuldhafter Vereitelung rechtzeitiger Leistung durch den Gläubiger bestehe, oder ihr wenigstens insofern ein subjektives Element auf Seite des Gläubigers beiwohne, als die Nichtannahme der rite offerirten Leistung lediglich im Willen des Gläubigers ihren Grund haben müsse, so daß nur im Falle der Verhinderung des Gläubigers durch äußere Zufälle mora creditoris als ausgeschlossen anzusehen sei. Andererseits wird jedes subjektive Element auf Seite des Gläubigers als Thatbestandsmerkmal des Gläubigerverzuges geleugnet. Solcher Verzug liege vor, wenn der Schuldner Alles gethan habe, was seinerseits nach dem konkreten Schuldverhältnisse zur Herbeiführung der Erfüllung nöthig sei, die Erfüllung selbst aber aus irgend einem auf Seite des Gläubigers liegenden Grunde nicht vollendet werde und es deshalb beim Erfüllungsversuche bleibe. Die verschiedene Auffassung über die Voraussetzung des Gläubigerverzuges wirkt selbstverständlich auch auf die Gestaltung der Rechtsfolgen desselben ein. Die dritterwähnte Ansicht gipfelt in der Konsequenz, daß der Schuldner, welcher seinerseits Alles gethan habe, dessen Erfüllungsversuch aber am passiven Verhalten des Gläubigers scheitere, liberirt sei, wenn er des Gegenstandes der Leistung sich einfach entäußere. Die ersterwähnten Anschauungen beruhen mehr oder weniger auf der Unterstellung einer allgemeinen obligationsmäßigen Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme der Leistung oder zur Liberirung des Schuldners.

Die moderne Gesetzgebung behandelt den Gläubigerverzug zum Theil sehr karg. Ueberwiegend wird ein Verschulden des Gläubigers verlangt, wenn auch die Zulässigkeit der Exkulpation mehrfach im Sinne der erwähnten Mittelmeinung beschränkt wird[1]).

Standpunkt des Entwurfes.

Der Entwurf sieht von einem Verschulden des Gläubigers als einer Voraussetzung der mora creditoris ab. Der Gläubiger kann sich gegen die Wirkungen des Verzuges auch nicht durch den Nachweis mangelnder Verschuldung, insbesondere zufälliger Verhinderung an der Annahme schützen[2]). Dementsprechend sind auch die Rechtsfolgen der mora creditoris normirt, wenngleich das Recht des Schuldners, sich durch Entäußerung des Leistungsgegenstandes zu liberiren, nicht anerkannt ist. Außer der Erwägung, daß es unbillig wäre, dem Schuldner als Folge eines in der Person des Gläubigers eingetretenen Zufalles eine Erschwerung seiner Verbindlichkeit aufzuerlegen,

---

[1]) S. preuß. L. R. I, 11 §§ 98, 102, 103, 939, 940 (Eccius a. a. O. I § 105 S. 707 f., 714 ff.); österr. G. B. § 1419; sächs. G. B. §§ 746—49; dresd. Entw. Art. 306, 308, 309, hess. Entw. Art. 241, 246, bayr. Entw. Art. 128; code civil Art. 1257 ff.; 1382 (Zachariä II § 322).

[2]) Ebenso schweiz. Bd. Ges. Art. 106, Schneider und Fick zu Art. 106 S. 106 A. 3.

nöthigen wesentlich praktische Gründe zu dieser Behandlung des Gläubigerverzuges. Der Schuldner wird, wenn der durch Zufall oder ohne seine Fahrlässigkeit an der Annahme verhinderte Gläubiger nicht in den Verzug der Annahme geräth, zur öffentlichen Hinterlegung geradezu gedrängt (§ 272; vergl. §§ 278, 280). Hierdurch wird aber dem insoweit zu beachtenden Interesse des Gläubigers kaum gedient. Es läge auch eine unverkennbare große Inkonsequenz darin, die mora accipiendi durch Umstände auszuschließen, welche dem Depositionsrechte nicht entgegenständen. Die entgegengesetzte Vorschrift führt überdies zu einer Menge von Streitigkeiten und verräth den Gedanken, der Gläubiger sei als solcher und schlechthin zur Annahme verpflichtet, eine bedenkliche Anschauung, welche zu schwerwiegenden Folgen führt. Hiernach ist eine Verweigerung der Annahme seitens des Gläubigers, eine ausdrückliche oder stillschweigende, die Ablehnung enthaltende Erklärung des Gläubigers keine Voraussetzung des Gläubigerverzuges. Es genügt die nackte Thatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers.

Der „Inhalt der Schuldverhältnisse" wird durch den Gläubigerverzug beeinflußt. Die Vorschriften werden hiernach in den diese Ueberschrift tragenden Titel passend eingereiht. Aus der Unterbringung der Vorschriften über den Verzug des Schuldners und den Verzug des Gläubigers in besonderen Unterabschnitten (IV, V) ergiebt sich, soweit dies überhaupt erforderlich sein sollte, zur Genüge auch äußerlich, daß nach der Auffassung des Entwurfes beide keineswegs Unterbegriffe eines gemeinsamen Gattungsbegriffes bilden, bezw. daß Schuldner und Gläubiger in Ansehung der von ihnen bei Aufhebung der Obligation durch Erfüllung zu entwickelnden Thätigkeit unter ganz verschiedenen Gesichtspunkten stehen. Auch in Gesetzgebung und Wissenschaft wird der Gläubigerverzug bisher vorwiegend im Anschlusse an den Verzug des Schuldners behandelt[1]).

§ 255.

Der § 255 regelt die Erfordernisse des Anbietens als der Voraussetzung des Gläubigerverzuges. Das Prinzip ist: der Schuldner hat diejenige Thätigkeit zu entwickeln, welche das besondere Schuldverhältniß ihm vorschreibt, und welche, wenn der Gläubiger den aus der konkreten Obligation für das von seiner Seite zu beobachtende Verhalten sich ergebenden Voraussetzungen entspricht, zur Erfüllung der Obligation führt. Diese ihm obliegende Thätigkeit hat der Schuldner bis zu dem Punkte fortzuführen, an welchem ihm eine Fortführung und eine Erreichung des Zieles dadurch unmöglich wird, daß der Gläubiger jene Voraussetzungen nicht erfüllt. Aus diesem Grunde kann dem Schuldner die fernere Thätigkeit früher oder später abgeschnitten sein, ja es kann nach der konkreten Obligation ein solches, den obligationsmäßigen Voraussetzungen widersprechendes Verhalten des Gläubigers schon vor dem Beginne der vom Schuldner zu entwickelnden Thätigkeit liegen und diesen Be-

a) Voraussetzungen: α. Oblation.

[1]) Das schweiz. Bd. Ges. handelt von dem Gläubigerverzuge im Abschnitte von der Erfüllung; vergl. österr. G. B. § 1419, Windscheid §§ 345, 276.

ginn ausschließen. Zu einem wirksamen Anbieten ist aber immer und ausnahmslos erforderlich die thatsächliche Bereitschaft des Schuldners, sein reelles Leistungsvermögen gemäß dem Inhalte seiner konkreten Verbindlichkeit. Dieses Leistungsvermögen hat der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen[1]). Es versteht sich, daß in denjenigen Fällen, in welchen das Leistungsvermögen nach der Beschaffenheit der Leistung und der Persönlichkeit des Schuldners keinem Bedenken unterliegen kann, der Richter bei dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung einen weiteren Beweis nicht erfordern wird, insbesondere dann, wenn das Leistungsvermögen nur bei Unterstellung der durch nichts angezeigten Insolvenz des Schuldners sich in Zweifel ziehen ließe. Neben der reellen Leistungsbereitschaft hat der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die gekennzeichnete Thätigkeit zu entwickeln. Regelmäßig ist nöthig eigentliche Realoblation, wodurch der Gläubiger zugleich die Kenntniß erhält von der Oblation des Schuldners (scheinbar anders sächs. G. B. § 748). Indem dieses Inkenntnißsetzen entweder in der dem Gläubiger gegenüber erfolgten Realoblation liegt oder, sofern dies nicht zutrifft, der Schuldner den Gläubiger besonders von der Oblation zu benachrichtigen hat, kann man sagen: es ist immer auch sogenannte Verbaloblation nöthig, damit der Gläubiger in Verzug gesetzt werde (§ 255 Abs. 1)[2]). Wenn der Gläubiger zur Perfektion der Leistung einzig und allein durch Annahme mitzuwirken und eine weitere Thätigkeit nicht vorzunehmen hat, muß hiernach der Schuldner dem Gläubiger den Leistungsgegenstand vorlegen, bezw., wenn eine Handlung zu leisten ist, zu deren Vornahme — geeigneten Falles gehörig ausgerüstet — am rechten Orte sich einfinden (sächs. G. B. § 748). Von dem Erfordernisse der Realoblation macht der Entwurf in Uebereinstimmung mit der herrschenden Theorie und der bestehenden Gesetzgebung[3]) zwei in den betreffenden Verhältnissen begründete Ausnahmen für Fälle, in welchen das Thätigwerden des Schuldners oder sein ferneres Thätigsein durch eine vorausgehende oder gleichzeitige Handlung des Gläubigers bedingt ist, dem Schuldner also, insofern diese Handlungen des Gläubigers ausbleiben, die Entwickelung seiner zur Herbeiführung der Erfüllung nöthigen Thätigkeit, bezw. seiner ferneren Thätigkeit unmöglich oder versperrt wird (§ 255 Abs. 2 Nr. 2, 3). In diesen Fällen muß genügen Verbaloblation, das reelle Vermögen des Schuldners, die Leistung zu bewirken, sobald der Gläubiger die ihm obliegende Handlung vorgenommen haben wird, vorausgesetzt. Hierher (§ 255 Abs. 2 Nr. 2) gehören z. B. die Fälle der Holschuld, die Fälle, wenn die Leistung des Schuldners von einer vorgängigen Klarstellung der Schuld durch den Gläubiger abhängt, wenn der Gläubiger nach dem betreffenden Schuldverhältnisse die Wahl unter mehreren Gegenständen (vergl. § 210 Abs. 2) oder gewisse Bestimmungen über einzelne Modalitäten der Erfüllung oder über

Thatsächliche Leistungsbereitschaft. — Realoblation; Verbaloblation. — Ausnahmen.

---

[1]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. IV Nr. 28 S. 143 f., XXI Nr. 26 S. 73 ff., Entsch. des R. G. in Civils. I Nr. 27 S. 54 f., Nr. 28 S. 357 f., V Nr. 14 S. 65 f.

[2]) Sächs. G. B. § 747; hess. Entw. Art. 246, bayr. Entw. Art. 128, dresd. Entw. Art. 306.

[3]) Sächs. G. B. § 749; hess. Entw. Art. 247, bayr. Entw. Art. 128, dresd. Entw. Art. 308; schweiz. Bd. Ges. Art. 106.

die nähere Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes zu treffen hat[1]). Hat der Gläubiger, damit die Leistung zur Perfektion gelangen kann, gleichzeitig mit dem Schuldner in Thätigkeit zu treten, der Schuldner aber seinerseits, bevor oder damit diese gleichzeitige beiderseitige Thätigkeit stattfinden kann, nach dem Inhalte der geschuldeten Leistung erst in irgend einer Weise thätig zu werden, so versteht sich nach dem in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatze von selbst, daß rücksichtlich dieser die Voraussetzung für das fernere gleichzeitige Thätigsein des Gläubigers bildenden Thätigkeit der Schuldner reell angeboten haben muß. Insoweit aber hiernach das blos wörtliche Anerbieten genügt, ist demselben die Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger zur Vornahme der betreffenden Handlung gleichgestellt, weil hierin nach Lage der betreffenden Fälle die Verbaloblation liegt (sächs. G. B. § 749, hess. Entw. Art. 247, dresd. Entw. Art. 308). Sodann ist in den Fällen des § 255 Abs. 2 Nr. 2, 3 dem Schuldner das blos wörtliche Anbieten, bezw. die Aufforderung an den Gläubiger dann ganz erlassen, wenn für die betreffende, von dem Gläubiger vor der Leistung oder gleichzeitig mit der letzteren vorzunehmende Handlung, z. B. bei Inhaber- und Ordrepapieren für das Abholen, bezw. für die Präsentation des Papieres, ein dies bestimmt ist (Abs. 3 Satz 2). Wenn bei einer solchen Bestimmung der Leistungszeit mora solvendi vermöge des Prinzipes „dies interpellat pro homine“ eintritt, so ist es nur gerecht und billig, daß ein Aehnliches in den betreffenden Fällen für die mora accipiendi gilt (Windscheid § 345). Selbstverständlich ist bei dieser Analogie nicht der Gedanke leitend, daß, wie bei der mora solvendi eine Leistungsverpflichtung des Schuldners und ein schuldhaftes Unterlassen der Leistung vorliegt, so in den betreffenden Fällen eine eigentliche obligationsmäßige Verpflichtung des Gläubigers dem Schuldner gegenüber und eine verschuldete Nichterfüllung dieser Verpflichtung seitens des Gläubigers in Frage stände. — Eine weitere und zwar positive Ausnahme von dem Prinzipe der Realoblation setzt der Entwurf (Abs. 2 Nr. 1) für den Fall, wenn der Gläubiger dem Schuldner vor der Realoblation im Voraus erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde. Solchenfalls muß, neben dem wirklichen Leistungsvermögen des Schuldners, das wörtliche Anbieten der Leistung genügen. In Betracht kommen hierbei vorzugsweise die Fälle, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine bewegliche Sache zu überbringen oder eine Handlung an einem bestimmten Orte vorzunehmen hat (sächs. G. B. § 748, dresd. Entw. Art. 307). Die Bestimmung ist durch ein praktisches Bedürfniß gerechtfertigt. Ohne die Bestimmung wäre der Schuldner zu einem Verhalten gezwungen, welches meist mit größeren oder geringeren, dem schuldigen Theile zur Last bleibenden Aufwendungen verbunden zu sein pflegt und im Interesse keines Theiles liegt. Zudem erscheint es nur billig, den Gläubiger an seiner Erklärung festzuhalten, so lange er sie nicht widerruft und dadurch ihre Wirksamkeit beseitigt. Ob im Einzelfalle, wenn der Gläubiger nach Eintritt der Leistungszeit auf die Frage, ob er

---

[1]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XV Nr. 45, XXI Nr. 26, Entsch. des R. G. in Civils. V Nr. 14, Seuffert's Archiv XXXI Nr. 265, XXXII Nr. 96, 337, XXXIII Nr. 256.

annehmen werde, schweigt, hierin eine Annahmeweigerung gefunden werden kann, ist eine aus den Umständen des Falles zu beantwortende Thatfrage; häufig kann der Gläubiger gerechte Gründe haben, zu schweigen. Die vorläufige Annahmeweigerung entbindet insbesondere den Schuldner von der späteren Verbaloblation dann nicht, wenn eine Bringschuld vorliegt, für welche eine Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist. Die Entbindung von der Verbaloblation hätte solchenfalls häufig zur Folge, daß mora accipiendi anzunehmen sein würde, obschon der Schuldner niemals zur Leistung bereit und dieselbe zu bewirken Willens war. Die Bringschuld kann in dieser Richtung auch nicht mit den Fällen sub Nr. 2, 3 des Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 auf gleiche Linie gestellt werden, da in diesen der Gläubiger zu einer speziellen, über die bloße Annahme hinausgehenden und einer besonderen juristischen Beurtheilung unterliegenden Mitwirkung gehalten ist. Allerdings kann hiernach der vom Leistungsorte abwesende Schuldner, um sein reelles Leistungsvermögen darzuthun, zur Realoblation genöthigt sein. Allein dies kann nicht als entscheidend in Betracht kommen.

Oblation an den Stellvertreter des Gläubigers, Das Anbieten der Leistung im Sinne des § 255 durch den Schuldner kann auch an den Stellvertreter des Gläubigers mit der gleichen Wirkung wie an diesen selbst erfolgen, vorausgesetzt, daß der Stellvertreter die zu dieser passiven Stellvertretung erforderliche Vertretungsmacht besitzt (§ 116 Abs. 3). Wann solche Vertretungsmacht vorliegt und ob insbesondere der zur Empfangnahme bevollmächtigte Spezialmandatar eine solche Vertretungsmacht hat, ist eine Frage des einzelnen Falles. Besondere Bestimmungen diesfalls (sächs. G. B. § 746, dresd. Entw. Art. 306) sind unnöthig, auch nicht unbedenklich. durch einen Dritten. Was das Anbieten der Leistung durch einen Dritten Namens des Schuldners anbelangt, so kommen die Vorschriften der §§ 226, 227 in Betracht, wonach außer Zweifel steht, daß, wenn es bei der Leistung nicht auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt, jeder Dritte dem Gläubiger mit Erfolg anbieten kann, wofern nur der Schuldner nicht widerspricht, der Gläubiger also auch durch ein solches Anbieten eines Dritten in Verzug gesetzt werden kann.

β. Keine Exkulpation. Aus dem § 255 in Verbindung mit § 254 ergiebt sich klar, daß nach dem Standpunkte des Entwurfes von Gründen, welche zur Exkulpation des Gläubigers gegen den Vorwurf des Verzuges dienen (Nichtannahme ex justa causa, aus gerechten Gründen), keine Rede ist. Wenn der Gläubiger bestreitet, daß der Schuldner so angeboten habe, wie er nach dem konkreten Schuldverhältnisse anbieten mußte, so bestreitet der Gläubiger nichts Anderes, als daß der Schuldner dasjenige geleistet habe oder zu leisten bereit gewesen sei, was ihm behufs der Erfüllung der Obligation zu thun oblag, oder daß nach dem betreffenden Schuldverhältnisse die von dem Schuldner gewählte Art des Anbietens nicht genügt habe. Der Schuldner hat den nach der Sachlage noch erforderlichen Beweis zu führen, daß er seiner aus dem Schuldverhältnisse entspringenden Verbindlichkeit gemäß (§ 255) angeboten habe. Anlangend das Erforderniß, daß die Leistung zur gehörigen Zeit angeboten werden muß, so kommt hier noch im Gegensatze zu dem Standpunkte des preuß. Rechtes (A. L. R. I, 5 § 241) die Vorschrift des § 231 in Betracht.

§ 256.

Die Vorschrift des § 256 gilt nicht blos für gegenseitige Verträge (dresd. Entw. Art. 309) oder gegenseitige Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeiten, sondern auch für die Fälle, in welchen durch die dem Leistenden (Anbietenden) vielleicht nicht obliegende Leistung der Empfänger erst zu einer Gegenleistung verpflichtet wird (vergl. z. B. § 1081), sowie für die Fälle der sogen. actio contraria[1]). Wenn derjenige Theil, welchem von dem anderen mit dem Verlangen der Gegenleistung angeboten wird, vorzuleisten hat (dresd. Entw. Art. 309), so ist selbstverständlich, daß der erstere, falls er die angebotene Leistung zwar anzunehmen bereit ist, die Vorleistung aber anzubieten unterläßt, in den Verzug der Annahme geräth. Die Erwähnung der in § 256 bezeichneten Fälle erscheint aber bei der Wichtigkeit des Gegenstandes um so mehr als erforderlich, als die an sich im Wesen derartiger Schuldverhältnisse begründete Entscheidung nicht etwa aus der Vorschrift des § 255 Abs. 2 Nr. 3 entnommen werden könnte. γ. Verzug, wenn Gläubiger die Gegenleistung nicht anbietet.

Voraussetzung des Annahmeverzuges ist auch hier nicht Verweigerung der Gegenleistung; es genügt vielmehr die bloße Passivität des Gläubigers hinsichtlich der ihm obliegenden vom anderen Theile verlangten Gegenleistung.

Wenn der Schuldner in den Fällen des § 256 in Folge des Nichtanbietens der Gegenleistung nun seinerseits nicht leistet, so entsteht hierdurch allein auf seiner Seite nicht mora solvendi, insofern er nur gegen die Gegenleistung zu leisten verpflichtet ist (preuß. A. L. R. I, 16 § 22). Andererseits folgt aus §§ 254, 256 in Verbindung mit §§ 245, 246, daß der Gläubiger, welcher gemäß der Vorschrift des § 256 in Verzug der Annahme gerathen ist, doch als Schuldner der Gegenleistung nicht zugleich ohne Weiteres in mora solvendi sich befindet. Denn letztere erfordert ein Verschulden des Schuldners, welches im Falle des § 256 auf Seiten des Gläubiger-Schuldners fehlen kann.

§ 257.

Die §§ 257 ff. regeln die Rechtswirkungen des Gläubigerverzuges. Daneben hat der Entwurf noch für gewisse besondere Fälle entsprechende Vorsorge getroffen (§§ 210, 365, 368 Abs. 2, §§ 561, 575; vergl. §§ 272, 278). b) Wirkungen:

Die Vorschrift des § 257 entspricht dem geltenden Rechte[2]). Der Schuldner wird durch den Verzug des Gläubigers, abgesehen von der Zinspflicht (§ 259) und von den Fällen, wo zufolge der mora des Gläubigers die Leistung objektiv und dauernd unmöglich wird (bei Fixgeschäften), nicht liberirt; aber das Maß seiner Verantwortlichkeit in Ansehung des dem Gläubiger zu gewährenden Gegenstandes mindert sich auf Haftung für dolus und culpa lata (Abs. 1). Allerdings erkennt diejenige neuere Theorie, welche den Schuldner α. Ermäßigung der Haftung.

---

1) S. z. B. §§ 242, 247 Abs. 2, §§ 269, 271, 362, 363, 428, 553, 595, 621, 623, 688, 740, 941, 1010, 1096, 1119, 1158.

2) Windscheid § 346 Nr. 1; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 98, 112, 939 (Eccius a. a. O. I § 105 S. 715); sächs. G. B. § 750; hess. Entw. Art. 251, 252, bayr. Entw. Art. 134, 135, dresd. Entw. Art. 310, 311.

auf den Weg der Deposition und des Selbsthülfeverkaufes verweisen will, diese Wirkung nur für diejenigen Fälle an, wo jene Mittel überhaupt nicht statthaft sind, bezw. so lange sie nicht benutzt werden können. Der Entwurf theilt diesen Standpunkt, welchen auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 106, 107 eingenommen hat, nicht; er will, wie bemerkt, den Schuldner nicht zur Deposition oder zum Selbsthülfeverkaufe drängen. Auch jene, in der Billigkeit begründete Abschwächung des Schuldverhältnisses tritt aber der richtigen Auffassung gemäß nicht unbedingt, sondern nur insofern ein, als es sich um die Sorge für einen in den Händen des Schuldners befindlichen Leistungsgegenstand handelt; die Abschwächung erstreckt sich also nicht auch auf die von dem Schuldner in Erfüllung seiner fortdauernden Verpflichtung vorzunehmenden sonstigen Handlungen. Nur in der erstgenannten Hinsicht kann dem Schuldner, ohne Rücksicht, ob der Gläubiger in Schuld oder schuldfrei ist, nicht mehr zugemuthet werden, fernerhin die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden. Soweit die Abschwächung hiernach Platz greift, gilt sie, gleichviel, ob der Schuldner den Gegenstand in Gebrauch und Benutzung nimmt bezw. einem Dritten zum Gebrauche und zur Benutzung überläßt oder nicht.

β. Uebergang der Gefahr; Aus der Bestimmung des Abs. 2 in Verbindung mit § 368 Abs. 2 folgt, daß mit dem Eintritte der mora accipiendi die Gefahr in Ansehung des Leistungsgegenstandes auf den Gläubiger übergeht (vergl. § 576). Auch in dieser Richtung ist der Schuldner nicht auf die gesetzlichen Mittel, sich ohne den Gläubiger von der Schuld zu befreien (§§ 272 ff.), verwiesen. Die besondere Vorschrift des § 257 Abs. 2 in Betreff der generischen Obligationen[1]) ist im Hinblicke auf die Vorschrift des § 214 unentbehrlich. Die Gefahr kann auf den Gläubiger nur übergehen, wenn der Schuldner an die gehörig beschaffene, d. h. der Obligation entsprechende und dem Gläubiger durch das Anbieten kundgemachte Ausscheidung gebunden ist. Gemäß § 214 tritt die Bindung erst mit dem Uebergange der Gefahr auf den Gläubiger ein. Es erhellt aber aus der Vorschrift des Abs. 2 auch, daß, wenn die ausgeschiedene Sache nicht dem Gläubiger angeboten wird, die Ausscheidung weder für den Schuldner bindend ist, noch die Gefahr auf den Gläubiger übergeht.

§ 258.

γ. Haftung wegen Nutzungen; Der Entwurf bestimmt nicht, daß der Schuldner eines Nutzungen abwerfenden Gegenstandes im Falle des Gläubigerverzuges immer, auch wenn nach dem obwaltenden Schuldverhältnisse der Schuldner die Nutzungen nicht herauszugeben bezw. zu ersetzen hat, für die gezogenen Nutzungen Ersatz zu leisten hätte. Eine solche Bestimmung (vergl. sächs. G. B. § 750, dresd. Entw. Art. 313) entspricht, obwohl für sie der Satz geltend gemacht wird, daß die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen und Tragen der Gefahr mit dem Rechte auf die

---

[1]) Eccius a. a. O. I S. 715 f.; sächs. G. B. § 750; hess. Entw. Art. 251 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 134 Abs. 2. Vergl. Zachariä a. a. O. II § 322 Anm. 15, schweiz. Bd. Ges. Art. 106, 107, 367.

Nutzungen stets Hand in Hand gehen müßte, entspricht nicht der durch den Gläubigerverzug geschaffenen Rechtslage. Vielmehr ist es nur gerechtfertigt, den nach dem konkreten Schuldverhältnisse zur Herausgabe oder zum Ersatze der Nutzungen verpflichteten Schuldner von dem Beginne der mora des Gläubigers an, in Abschwächung seiner Schuldverpflichtung, aus denselben Gründen nur für die wirklich gezogenen Nutzungen haften zu lassen, aus welchen er nur für dolus und culpa lata einzustehen hat (§ 257 Abs. 1).

§ 259.

Die Vorschrift, daß bei einer Geldschuld vom Beginne des Verzuges des Gläubigers an die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von Zinsen aufhört, entspricht, abgesehen von der Verpflichtung zu Verzugszinsen, welche mit dem Eintritt des Gläubigerverzuges selbstverständlich endigt, zwar der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie nicht. Auch gilt diese Bestimmung nicht in denjenigen Gesetzen, welche den Schuldner im Falle des Gläubigerverzuges auf den Weg der öffentlichen Hinterlegung verweisen[1]). Für den Entwurf sind jedoch die Gründe gegen das Aufhören der Zinsverpflichtung nicht durchschlagend. Er beschränkt oder drängt den Schuldner im Falle des Gläubigerverzuges nicht auf das Mittel der öffentlichen Hinterlegung. Wenn gegen das Aufhören der Zinsverpflichtung eingewendet wird, daß der Schuldner im Genusse des zu leistenden Geldes geblieben sei, so kann man zwar unter normalen Verhältnissen davon ausgehen, daß Jedermann Geld nutzbar zu verwenden in der Lage sein und auch nutzbar verwenden werde. Allein diese Voraussetzung wird bei einem Schuldner, welcher eine bestimmte Geldsumme für seinen Gläubiger bereitgehalten und ihm angeboten hat, keineswegs regelmäßig oder auch nur in den häufigeren Fällen zutreffen. Im Gegentheile ist anzunehmen, daß der Schuldner dasselbe Geld auch ferner zur Verfügung des Gläubigers bereithält, welcher es in jedem Augenblicke fordern kann. Darauf, daß der Schuldner dem Gläubiger das Geld entzogen habe, läßt sich die Fortdauer der Zinspflicht am wenigsten stützen, weil von einer Entziehung des Geldes keine Rede sein kann, wenn der Gläubiger das angebotene Geld nicht angenommen hat, mag der Grund der Nichtannahme auch ein von ihm nicht verschuldeter sein. Eine Verpflichtung zu nutzbarer Anlegung besteht aber so wenig als eine Verpflichtung zur Fruchtziehung im Interesse des Gläubigers (§ 258). Der Entwurf bestimmt deshalb allgemein, wie auch das sächs. G. B. § 750 (vergl. die Mot. zum bayr. Entw. S. 134) als fernere Rechtswirkung des Gläubigerverzuges das Aufhören der Zinspflicht. Bewiese in concreto der Gläubiger, daß der Schuldner in der That Zinsen aus dem Gelde gezogen hat, so käme für die Frage des Ersatzes die Vorschrift des § 258 zur Anwendung, vorausgesetzt, daß es sich um eine verzinsliche Schuld handelte.

d. Aufhören der Zinsverpflichtung;

---

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 106, 107, Zachariä a. a. O. II § 322 A. 15. In Ansehung des preuß. R. s. Eccius I S. 716 A. 72, Dernburg preuß. Priv. R. II § 37 a. E., § 99.

§ 260.

ε. Nichteintritt der Folgen der Nichtleistung;

In den nicht seltenen Fällen, in welchen den Schuldner besondere rechtliche Nachtheile treffen, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt (z. B. Verwirkung einer Konventionalstrafe, Rücktritt des Gläubigers im Falle des Vorbehaltes der Rechtsverwirkung, § 436, Verlust der Rechte aus der Versicherung bei Nichtzahlung der Prämie), darf den Schuldner, wenn er an der Leistung durch Annahmeverzug verhindert ist, der betreffende Nachtheil nicht treffen. (Entsch. des vormaligen R. O. H. G. XIX S. 418, des R. G. in Civils. I, Nr. 71 S. 196 f.). Obwohl diese Rechtsfolge sich meistens im Wege der Interpretation des betreffenden Rechtsgeschäftes oder des Gesetzes ergeben wird, glaubte man sie doch durch Aufnahme in das Gesetz sicher stellen zu sollen.

§ 261.

ζ. Ersatz von Mehraufwendungen.

Der Entwurf erklärt den Gläubiger nicht für verpflichtet, dem Schuldner den durch den Annahmeverzug verursachten Schaden zu ersetzen[1]). Eine diese Verpflichtung bezweckende Bestimmung stände mit dem Grundsatze nicht im Einklange, daß der Gläubiger als solcher zur Annahme nicht verpflichtet ist, und würde zu großen, schwer zu rechtfertigenden Härten in denjenigen Fällen führen, in welchen den Gläubiger kein Verschulden trifft. In den Fällen, in welchen der Gläubiger ausnahmsweise zur Annahme verpflichtet ist, wird er allerdings, insofern sich seine mora accipiendi zugleich als mora solvendi darstellt, zum Ersatze des vollen Interesse verpflichtet. Diejenige Theorie freilich, welche das Erforderniß der culpa bei dem Gläubigerverzuge konsequent durchführt, gelangt in Verbindung mit der Unterstellung einer Annahme- oder Liberirungspflicht des Gläubigers zu dessen Schadensersatzpflicht, wo sie nicht geradezu auf das Verschulden allein und das allgemeine Rechtsgebot „neminem laede" gestützt wird. Es genügt, dem Schuldner gegen den Gläubiger einen selbständigen, klagbaren Ersatzanspruch wegen der Mehraufwendungen, welche ihm durch das erfolglose Anerbieten, sowie durch Aufbewahrung und Erhaltung des Gegenstandes der Leistung entstanden ist, zu gewähren[2]). Aus der Klagbarkeit dieses Ersatzanspruches folgt ohne Weiteres, daß dem Schuldner wegen desselben auch das Zurückbehaltungsrecht (§ 233) zusteht. Dieser Anspruch muß dem durch den Gläubigerverzug nicht liberirten, aber auch nicht auf den Weg der öffentlichen Hinterlegung oder des Selbsthülfeverkaufes (§§ 272, 278, 280 Abs. 2) verwiesenen Schuldner aus dem Grunde eingeräumt werden, weil er Kraft Gesetzes im Interesse des Gläubigers gleichsam als dessen negotiorum gestor handelte. Der Anspruch bleibt auch, falls der Gläubiger nachträglich auf sein Forderungsrecht verzichtet oder der Leistungsgegenstand später untergegangen ist, bezüglich der inzwischen entstandenen Aufwendungen bestehen. Der Gläubiger könnte auch, wenn dem Schuldner kraft des fortdauernden Schuld-

---

[1]) S. dagegen sächs. G. B. § 750; dresd. Entw. Art. 313; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 102, 103, 940, Eccius a. a. O. I S. 715.

[2]) Windscheid § 346 Nr. 3; hess. Entw. Art. 254, bayr. Entw. Art. 137.

verhältnisses die Nutzungen aus dem Gegenstande der Leistung gebühren, an diesem Ersatzanspruche des Schuldners diesfalls keinen Abzug machen. Nur, wo jene Voraussetzung nicht zutrifft, ermäßigt sich der Anspruch um den Betrag der gezogenen Nutzungen. Immer ist festzuhalten, daß der Schuldner nur einen Anspruch auf dasjenige hat, was er mehr aufgewendet hat, als er ohne den Annahmeverzug aufgewendet haben würde.

Im preuß. A. L. R. I, 11 § 860, im sächs. G. B. § 751 und im dresd. Entw. Art. 315 finden sich besondere Bestimmungen für die Fälle, daß der Gläubiger mit der Annahme vertretbarer Sachen bezw. im Falle einer generischen Schuld mit der Annahme der vom Schuldner ausgewählten und angebotenen Sachen im Verzuge ist; wenn der Werth dieser Sachen seit dem Beginne des Verzuges gestiegen ist, wird dem Schuldner das Wahlrecht gegeben, entweder die Sachen selbst gegen die Vergütung der Preisdifferenz zu leisten, oder den geringeren Werth der Sachen, welchen sie bei Beginn des Gläubigerverzuges hatten, zu bezahlen. Diese Bestimmungen sind nicht gerechtfertigt. Der Schuldner wird im Falle des Gläubigerverzuges nicht liberirt; er bleibt auf den Leistungsgegenstand verpflichtet. Andererseits ist ein Anspruch des Schuldners auf Ersatz des Interesse wegen des Gläubigerverzuges vom Entwurfe nicht anerkannt.

§ 262.

c) Purgatio morae.

Vergl. oben zu § 253. Was der Gläubiger nachzuholen hat, um die Versäumung aufzuheben, ergiebt sich aus dem betreffenden Schuldverhältnisse (§ 255). Ueberdies muß er sich bereit erklären, dem Schuldner seine Mehraufwendungen (§ 261) zu ersetzen. Es würde unbillig gegen den Gläubiger sein, wenn man die purgatio seiner mora von der wirklichen Leistung dessen, was der Schuldner nach § 261 zu fordern hat, abhängig erklärte. Denn der zu erstattende Betrag kann dem Gläubiger nicht ohne Weiteres bekannt sein. Die Bereiterklärung des Gläubigers als Erforderniß der purgatio morae ist aber hier, im Gegensatze zu der purgatio morae debitoris (§ 256), besonders zu erwähnen, da die Verpflichtung zum Ersatze der Mehraufwendungen erst durch den Verzug des Gläubigers hervorgerufen wird und vorher überhaupt keine Verpflichtung des Gläubigers besteht. Der Schuldner erhält durch diese Erklärung eine feste Grundlage für seinen Anspruch. Ob nicht der Gläubiger demnächst gemäß § 256 von Neuem in Verzug kommt, ist eine andere Frage.

Dritter Titel.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Einleitung.

In dem dritten Titel sind nicht sämmtliche allgemeinen Gründe der Erlöschung von Schuldverhältnissen aufgeführt und geregelt. Gewisse Erlöschungsgründe sind wegen ihrer über das Recht der Schuldverhältnisse hinausreichenden Bedeutung nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen im all-

gemeinen Theile geordnet: die Erfüllung der auflösenden Bedingung (§ 129); der Eintritt eines Endtermines (§ 142); die Anspruchsverjährung (§§ 154 ff., 182 ff.; vergl. sächs. G. B. §§ 1016 ff., 150 ff.; dresd. Entw. Art. 398 ff.); die Wirkung des rechtskräftigen (freisprechenden) Urtheiles (§§ 191 f., vergl. § 327; sächs. G. B. § 1006, dresd. Entw. Art. 396, 397, hess. Entw. Art. 352—354). Ein weiterer Erlöschungsgrund ergiebt sich aus den Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung (§§ 237, 368 Abs. 1, sächs. G. B. §§ 1009—1015, dresd. Entw. Art. 388 ff., hess. Entw. Art. 360 ff., schweiz. Bd. Ges. Art. 145; vergl. preuß. A. L. R. I, 5 §§ 360 ff., bayr. Entw. Art. 119 f.)[1]. Den in diesem Titel geordneten Erlöschungsgründen (Erfüllung und Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß, Vereinigung, Tod des Gläubigers oder des Schuldners) ist gemeinsam, daß sie sämmtlich ipso jure wirken.

Der Entwurf schweigt über zwei im gemeinen Rechte und in der modernen Gesetzgebung gewöhnlich unter den Erlöschungsgründen von Schuldverhältnissen aufgeführte Institute: Novation und Vertragsaufhebung durch entgegengesetzten Vertrag. Für die Nichtaufnahme von Bestimmungen über

Novation. die Novation[2]) kommt in Betracht, daß dem Bedürfnisse, welches zu der mittels Wechsels des Gläubigers oder Schuldners sich vollziehenden Novation führte, im Wesentlichen durch die Vorschriften über die Zession (§§ 293 ff.) und über die Schuldübernahme (§§ 314 ff.) gedient wird. Allerdings vermögen diese Vorschriften zum Ersatze jener Novation insofern nicht ganz zu dienen, als nach ihnen die bisherige Schuld, unter Fortdauer der Zulässigkeit aller bisher gegen sie statthaften Einreden, bestehen bleibt, während bei der Novation ein Anderes gilt. Das hieraus zu entnehmende Bedenken ist jedoch nicht ausschlaggebend, weil der Gültigkeit und Wirksamkeit eines Vertrages auch ohne besondere Vorschrift Nichts entgegensteht, durch welchen die Aufhebung eines Schuldverhältnisses und die Entstehung eines neuen an Stelle desselben dergestalt bestimmt wird, daß in dem neuen Schuldverhältnisse ein Dritter Gläubiger oder Schuldner sein und die Forderung aus dem neuen Schuldverhältnisse mit Einreden aus dem alten sich nicht bekämpfen lassen soll. Als abstraktes Schuldversprechen unterläge ein derartiger Vertrag den Vorschriften über das Schuldversprechen (§§ 683, 684, vergl. § 607, § 689). Es liegt also kein Anlaß vor, diesfalls allgemeine Vorschriften über die fragliche Novation aufzustellen und dieselbe hiermit als ein besonderes Rechtsinstitut anzuerkennen. Anlangend aber diejenige Novation, bei welcher der Gläubiger und der Schuldner sich nicht ändern, so kann auch die Gültigkeit und Wirksamkeit eines derartigen Vertrages, wodurch die bisherige Verbindlichkeit durch eine andere zwischen denselben Personen ersetzt würde, in Gemäßheit der Prinzipien der Vertragsfreiheit und der Formfreiheit der Verträge (§ 91)

---

[1]) S. auch § 737 Abs. 2, § 1093, § 1192 Abs. 2 (peremtorische Einrede).

[2]) Windscheid, Pand. II §§ 353—355; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 450—475, vergl. §§ 264 ff., I, 14 §§ 399 f., Eccius a. a. O. I §§ 97, 101; österr. G. B. §§ 1375 f., 1344, 1345; code civil Art. 1271—1281, Zachariä a. a. O. II § 323; sächs. G. B. §§ 1001—1005; schweiz. Bd. Ges. Art. 142, 143; hess. Entw. Art. 322 ff., bayr. Entw. Art. 197 ff., dresd. Entw. Art. 375 ff.

füglich nicht bezweifelt werden; ebenso können die Parteien auch den Vertrag mit diesen oder jenen Wirkungen errichten. Allein, in welchem Sinne ein solcher Vertrag geschlossen worden, ist in jedem einzelnen Falle im Wege der Auslegung zu ermitteln. Hieraus ergiebt sich auch die Entbehrlichkeit allgemeiner Vorschriften über diese zweite Art der Novation. Allerdings kommen Verträge der zuletzt bezeichneten Art sehr häufig vor und sie führen erfahrungsgemäß vielfach zu Streitigkeiten, insbesondere darüber, ob ein voller Ersatz der alten Verbindlichkeit durch eine neue bezweckt, z. B. ob eine Wechselverpflichtung zahlungshalber oder an Zahlungsstatt eingegangen sei (vergl. Windscheid II § 354 Noten 13—15), ob die mit der alten Forderung verbundenen akzessorischen Rechte auf die neue Forderung zu übertragen beabsichtigt worden ob und in welchem Umfange dem Schuldner das Recht habe entzogen werden sollen, Einreden aus dem alten Schuldverhältnisse zu entlehnen, Zweifel, zu deren Lösung die Vorschriften des geltenden Rechtes (vergl. preuß. A. L. R. I, 16 §§ 454, 467—475, sächs. G. B. §§ 1001, 1005, code civil Art. 1273, 1278, schweiz. Bd. Ges. Art. 142 Ziff. 1, 143; hess. Entw. Art. 325, 327, bayr. Entw. Art. 200, 202) immerhin einen gewissen Anhalt bieten. Hierfür wurde ein Ersatz für nöthig erachtet, welcher in der Vorschrift des § 264 Satz 2, 3 gegeben ist, wonach, wenn von den Parteien wirklich vereinbart ist, die alte Verbindlichkeit solle aufgehoben und durch eine andere vollkommen ersetzt werden, hierin die Vereinbarung einer Hingabe an Erfüllungsstatt zu finden sein soll, indem für die Leistung, welche dem Gläubiger nach der alten Verbindlichkeit gebührt, das Recht auf die aus der neuen Verbindlichkeit entspringende Leistung an Erfüllungsstatt eingeräumt und hingegeben erscheint.

Contrarius consensus.

In Betreff der Aufhebung eines bestehenden, insbesondere eines auf Vertrag beruhenden, Schuldverhältnisses durch Uebereinkunft der Parteien (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 385—392, Eccius a. a. O. I § 87 S. 537, österr. G. B. § 920, sächs. G. B. § 1000, dresd. Entw. Art. 384; schweizer Bd. Ges. Art. 140) ist gemäß dem Grundsatze der Vertragsfreiheit zunächst gleichfalls zweifellos, daß, wenn noch von keiner Seite eine Leistung erfolgt ist, den Parteien freisteht, einen Vertrag bezw. einen neuen Vertrag des Inhaltes zu schließen, der frühere Vertrag solle dergestalt außer Kraft treten, als wäre das betreffende Schuldverhältniß nie begründet, insbesondere der frühere Vertrag nicht geschlossen worden. Bei einem streng einseitigen Schuldverhältnisse wird der aufhebende Vertrag in dem (dinglichen) Erlaßvertrage (§ 290) aufgehen. Bei dem gegenseitigen Schuldverhältnisse dagegen besteht der aufhebende Vertrag aus zwei solchen Erlaßverträgen, welche aber dergestalt mit einander verbunden sind, daß sie in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu einander stehen und daß dadurch der aufhebende Vertrag die Eigenschaft eines gegenseitigen stets zugleich die materielle causa enthaltenden Vertrages annimmt, ohne aber den dinglichen Karakter abzustreifen und zu einem obligatorischen zu werden. Die Aufnahme einer dieser Auffassung entsprechenden Bestimmung wäre aber nicht angemessen, weil sie nur eine theoretische Bedeutung hätte. Hatten zur Zeit des aufhebenden Vertrages schon Leistungen aus dem durch denselben aufgehobenen Schuldverhältnisse stattgefunden, so ist wiederum zweifellos, daß, wenn der aufhebende Vertrag eine Erstattung des Geleisteten verordnet, der-

selbe insoweit ein vertragsmäßiges Schuldverhältniß begründet, also obligatorischer Natur ist. Für den Fall, wenn der aufhebende Vertrag diesfalls schweigt, kann aber eine subsidiäre Rechtsnorm nicht aufgestellt werden. Eine solche hätte immer den Karakter einer positiven Vorschrift, welche da und dort passen könnte, in vielen Fällen aber der Willensmeinung der Parteien widerstreiten würde. Die Aufstellung einer für die verschiedenartigen Fälle angemessenen subsidiären Rechtsnorm ist nicht möglich, aber auch entbehrlich. Wie es mit der Erstattungspflicht sich verhält, muß in jedem konkreten Falle der Inhalt des Vertrages ergeben, und, wenn dieser dunkel oder lückenhaft ist, im Wege der Auslegung unter Würdigung der besonderen Umstände ermittelt werden. Auch andere moderne Gesetze enthalten sich diesfalls einer Bestimmung (z. B. preuß. A. L. R. I, 5 §§ 385 ff., sächs. G. B. §§ 1000, 106, schweiz. Bd. Ges. Art. 140).

Concursus causar. lucrativ.

In Ansehung der Wirkung des sogen. concursus causarum lucrativarum enthält sich der Entwurf nach dem Vorgange der neueren Gesetzgebung jeder allgemeinen Bestimmung. Die richtige Entscheidung wird sich im Einzelfalle an der Hand der Vorschriften über den Einfluß des Eintrittes der objektiven Unmöglichkeit der Leistung oder im Wege der Auslegung des Gesetzes oder des Parteiwillens ergeben. In letzterer Beziehung muß im Einzelfalle geprüft werden, ob nach dem das Schuldverhältniß begründenden Gesetze oder Rechtsgeschäfte eine Begrenzung der Haftung des Schuldners dahin als gewollt erscheint, daß der Schuldner frei wird, wenn der Gläubiger auf irgend einem anderen Wege als durch Erfüllung dasjenige voll und ganz erhalten hat, was ihm kraft des Schuldverhältnisses gebührt. Die Aufnahme einer entsprechenden (interpretativen) Vorschrift würde aber mancherlei Mißverständnissen ausgesetzt sein und in der Praxis voraussichtlich zu einer großen Zahl von Streitigkeiten führen. Hierin liegt wohl auch der Grund, daß in keiner Kodifikation eine ähnliche allgemeine Rechtsnorm sich findet[1]).

I. Erfüllung.

§ 263.

I. Erfüllung. Terminologie.

Der Entwurf gebraucht für die Befriedigung des Gläubigers durch Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung nicht, wie ein Theil der modernen Gesetze (österr. G. B. § 1412, code civil Art. 1234, vergl. hess. Entw. Art. 277, dresd. Entw. Art. 341), das Wort „Zahlung", welches vielmehr nur in seiner eigentlichen, engeren Bedeutung bei Geldschulden verwendet ist (vergl. z. B. §§ 215, 216, 230 Abs. 2), sondern, weil hier allgemeine Bestimmungen über Voraussetzungen und Wirkungen der Befriedigung des Gläubigers in dem angegebenen Sinne ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des Gegenstandes der Verbindlichkeit in Frage stehen, den entsprechenden

---

[1]) Auch über den Einfluß des concursus c. l. auf die Vermächtnißforderung (preuß. A. L. R. I, 12 § 380, sächs. G. B. § 2462) giebt der Entwurf keine Bestimmung. Vergl. Windscheid § 343a, § 360 Nr. 3, Eccius I § 87 S. 530, Siebenhaar, Kommentar zum sächs. G. B. II S. 182, 216.

allgemeinen Ausdruck „Erfüllung" (preuß. A. L. R. I, 16 §§ 10, 12 ff., 28 ff., sächs. G. B. § 976, bayr. Entw. Art. 164, schweiz. Bd. Ges. Art. 129).

a) Leistung. Wirkung.

Durch vollständige Bewirkung der dem Schuldner obliegenden Leistung erlischt das Schuldverhältniß ipso jure[1]). Was zur Erfüllung gehört, ergiebt sich in concreto aus dem Inhalte des betreffenden Schuldverhältnisses und aus den einschlägigen Vorschriften des Gesetzes (s. z. B. §§ 224—232, 359).

Den in der Rechtswissenschaft bestehenden Streit, ob und inwiefern die Erfüllung (stets) ein Rechtsgeschäft bezw. ein Vertrag sei, zu entscheiden, ist nicht die Aufgabe des Gesetzes, auch nicht durch ein Bedürfniß der Rechtssicherheit geboten. Die Entscheidung bleibt der Wissenschaft überlassen. In Betracht kommt übrigens, daß im Entwurfe die Einziehung einer Forderung oder die Annahme der behufs Erfüllung bewirkten Leistung als Veräußerung angesehen ist (z. B. § 107), sowie daß die Leistung an sich in verschiedenen Vorschriften anderen Akten von zweifellos rechtsgeschäftlichem Karakter gleichgestellt ist (z. B. §§ 304, 305, 838, 2077).

Geschäftsunfähige.

Der Entwurf giebt auch keine Vorschrift über die Wirkung der von einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person behufs Erfüllung einer ihr obliegenden Verbindlichkeit an den Gläubiger gemachten Leistung. Die allgemeinen Grundsätze müssen ergeben, welche rechtlichen Wirkungen sich an eine solche Leistung knüpfen. Sollte es bei den aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Konsequenzen nicht bleiben, so wäre der Gesetzgeber auch wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle kaum im Stande, ohne eine umfassende Kasuistik den Gegenstand zu erschöpfen, abgesehen davon, daß die Regelung die Lösung der Fragen über das rechtliche Wesen der Erfüllung zur Voraussetzung hätte. Besondere Gründe, der Wissenschaft durch gesetzliche Vorschriften vorzugreifen, liegen nicht vor. Solche sind weder im Interesse der Rechtssicherheit noch zur Erreichung eines bestimmten praktischen Zweckes erforderlich. Wenn der geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Schuldner in der von ihm bewirkten Weise erfüllen mußte, so daß der Gläubiger nur das erhielt, was er zu fordern hatte, so wird die Angelegenheit ohnedies regelmäßig als erledigt gelten[2]). Noch weniger liegt ein Bedürfniß vor für eine Vorschrift über die rechtliche Wirkung der behufs Erfüllung an einen geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gläubiger bewirkten Leistung. Von dem Falle der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter abgesehen, kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht bezweifelt werden, daß dem Schuldner gegen die wiederholte Forderung der Leistung jedenfalls insoweit eine Einrede zur Seite steht, als der Gläubiger durch jene erste Leistung bereichert ist. Ein hierauf abzielender Ausspruch wäre aber um deswillen nicht unbedenklich, weil

---

1) Windscheid § 342 Noten 1, 2, 3; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 10, 149; österr. G. B. § 1412; code civil Art. 1234; sächs. G. B. § 976; hess. Entw. Art. 275, 277, bayr. Entw. Art. 164, dresd. Entw. Art. 341.

2) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 40—42, §§ 166 ff.; österr. G. B. § 1421; sächs. G. B. § 689; hess. Entw. Art. 280, bayr. Entw. Art. 166, dresd. Entw. Art. 346.

die Beschränkung auf eine Einrede, insbesondere die Kompensationseinrede, zu irrigen Folgerungen verleiten könnte[1]).

§ 264.

b) Hingabe an Zahlungsstatt.

Der Erfüllung steht in Ansehung der Befriedigung des Gläubigers und der dadurch bewirkten Erlöschung des Schuldverhältnisses die Hingabe an Zahlungsstatt (datio in solutum, nicht zu verwechseln mit der Hingabe eines Gegenstandes Zahlungs halber) gleich. Das Schuldverhältniß erlischt, wenn der Gläubiger statt der obligationsmäßigen Leistung freiwillig vom Schuldner einen anderen Gegenstand, eine Sache, eine Handlung, Forderung oder irgend ein anderes Recht, an Erfüllungsstatt annimmt, einen Gegenstand, auf welchen der Gläubiger kein (obligationsmäßiges) Recht hat und welchen andererseits der Schuldner, weil er weder in obligatione noch in solutione ist, dem Gläubiger nicht aufdrängen kann. Die datio in solutum setzt hiernach immer Einverständniß der Parteien über die Annahme der anderen Leistung an Stelle der geschuldeten behufs Tilgung der Obligation voraus. Die datio in solutum [§ 264 Satz 1][2]) ist das solutorische, dinglich wirkende Rechtsgeschäft zwischen den Parteien, durch welches vermittels der Hingabe und Annahme des surrogirten Gegenstandes (Leistung) der Gläubiger befriedigt und somit das Schuldverhältniß unmittelbar zum Erlöschen gebracht wird. Gleichgestellt wird in Satz 2 der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, durch welchen dieser an Stelle der geschuldeten Leistung eine neue Verbindlichkeit gegen den Gläubiger an Erfüllungsstatt übernimmt (sächs. G. § 1100, schweiz. Bd. Ges. Art. 142 Ziff. 1). Um einem hervorragenden praktischen Bedürfnisse Rechnung zu tragen, ist aber die dem geltenden Rechte entsprechende interpretative Norm angehängt, daß bei einem Vertrage der letzteren Art nicht anzunehmen sei, die neue Verbindlichkeit sei an Erfüllungsstatt übernommen (Satz 3, vergl. oben S. 78)[3]). Liegt in Wirklichkeit eine datio in solutum vor, so erlöschen hier wie im ersten Falle die mit der erloschenen Forderung verbundenen zu deren Verstärkung dienenden Nebenrechte. Bürgen und Pfänder insbesondere werden frei[4]).

Die datio in solutum ist, wie die Bewirkung der ursprünglich geschuldeten Leistung, selbst Leistung in Beziehung auf das (ursprüngliche) Schuldverhältniß, unterliegt also, wie jene, zutreffendenfalls den Vorschriften über die Konditionen.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 § 36; österr. G. B. § 1424; code civil Art. 1241, sächs. G. B. § 693; hess. Entw. Art. 283, 284, bayr. Entw. Art. 168, dresd. Entw. Art. 349.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 235—250; österr. G. B. §§ 1413, 1414; code civil Art. 2038; sächs. G. B. § 1100; hess. Entw. IV, 2 Art. 6, 610, bayr. Entw. Art. 48. 888, dresd. Entw. Art. 345. Windscheid § 342 Noten 9, 10.

[3]) Vergl. Entsch. des vorm. R. O. H. G. V Nr. 56 S. 256, Entsch. des R. G. in Civils. XIV Nr. 52 S. 210.

[4]) Vergl. code civil Art. 2038; hess. Entw. Art. 610, bayr. Entw. Art. 888.

§ 265.

Der Entwurf legt der datio in solutum, wie bemerkt, immer die Wirkung unbedingter und definitiver Tilgung der (alten) Schuld bei ohne Rücksicht darauf, ob das in solutum Geleistete in der That dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergegangen ist. Für den Fall, daß der von dem Gläubiger an Erfüllungsstatt angenommene Gegenstand (§ 264 Abs. 1) wegen eines Mangels im Rechte des Schuldners nicht oder nicht dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergegangen ist, gewährt der Entwurf demgemäß nicht das im gemeinen Rechte von der herrschenden Theorie und in gewisser Modifikation auch vom preuß. A. L. R. dem Gläubiger zur Verfügung gestellte Wahlrecht, ob er auf seine Forderung zurückgreifen oder sein Interesse nach Maßgabe der Eviktionsgrundsätze geltend machen will. Die Forderung des Gläubigers ist bleibend erloschen, sie kann nicht wieder aufleben, außer durch Neubegründung mittels Vertrages zwischen den Parteien. Der Entwurf giebt vielmehr dem Gläubiger lediglich die Befugniß, sein Interesse in Gemäßheit der Vorschriften über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes (§§ 370 ff.) im Falle der in solutum erfolgten Zession einer Forderung nach den Vorschriften über die Haftung einer abgetretenen Forderung (§§ 298, 312) zu verfolgen. Dieses Recht des Gläubigers gründet sich in dem von dem Schuldner mit der Hingabe an Erfüllungsstatt stillschweigend gegebenen Versprechen, dafür einzustehen, daß das in solutum Gegebene in das Vermögen des Gläubigers wirklich und dauernd übergehe. Die Vorschrift des § 736 Abs. 1, 2 der C. P. O. (vergl. Struckmann und Koch C. P. O. zu § 736 A. 5), bezw. deren Auslegung wird durch diese Bestimmung des Entwurfes nicht berührt. Die Einräumung des Rechtes, zwischen der Aufhebung der Annahme an Zahlungsstatt und dem Anspruche auf Gewährleistung zu wählen, würde dem Willen des Schuldners am wenigsten entsprechen. Nur konsequent ist es, wenn ferner bestimmt ist, daß dem Gläubiger bei Annahme von Sachen an Erfüllungsstatt der Schuldner wegen Mängel derselben nach den Vorschriften der §§ 381 ff. haftet. Dies kann allerdings zur Wandelung, hiermit aber nicht zum unmittelbaren Wiederaufleben der Forderung des Gläubigers, sondern nur dazu führen, daß der Schuldner dem letzteren obligatorisch so verpflichtet wird, wie wenn die datio in solutum nicht stattgefunden hätte (§§ 387, 427). Daß der Schuldner bei der Hingabe einer Forderung an Zahlungsstatt für die Güte der Forderung nur im Falle eines besonderen Versprechens einzustehen hat, folgt aus §§ 265, 299 von selbst.

Entwehrung.

Mängelgewähr.

Durch die Vorschriften des § 265 ist übrigens keineswegs ausgesprochen, daß die datio in solutum als Kauf gelte oder gleich einem Kaufe zu beurtheilen sei. Es sind nur gewisse beim Kaufgeschäfte vorzugsweise geltende Grundsätze auf die datio in solutum angewendet. Wohl aber ist durch die §§ 264, 265 die Anwendung der Vorschriften in §§ 443, 444 ausgeschlossen. Denn die datio in solutum zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens läßt sich nicht wieder als Schenkung betrachten.

Im Falle der in solutum erfolgten Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit seitens des Schuldners (§ 264 Satz 2, 3) kommen die Bestimmungen

des § 265 nicht in Frage. Dem Gläubiger stehen in Ansehung der Erfüllung bezw. des Erfüllungsinteresse vielmehr die allgemeinen Grundsätze zur Seite.

Der § 265 deckt auch den Fall, wenn ein Dritter (nicht der Schuldner) an Zahlungsstatt hingegeben hat, ohne übrigens die Frage zu entscheiden, ob der Dritte oder der Schuldner zur Gewährleistung verpflichtet ist, welche Frage eine allgemeine Entscheidung nicht zuläßt.

§ 266.

c) Leistung an Dritte,

Eine Bestimmung des Inhaltes, daß der Schuldner wirksam an den Stellvertreter des Gläubigers die ihm obliegende Leistung bewirken könne (österr. G. B. § 1424, code civil Art. 1239, sächs. G. B. § 691 Satz 1, hess. Entw. Art. 281 Satz 1, bayr. Entw. Art. 167 Satz 1, dresd. Entw. Art. 235) ist überflüssig. Insoweit Vertretung im Sinne der Vorschriften des Entwurfes im konkreten Falle begründet ist, steht die Gleichwerthigkeit der Handlungen des Vertreters mit den eigenen Handlungen des Vertretenen fest. Nur das mag hier gegenüber dem preuß. Rechte (A. L. R. I, 13 § 105) bemerkt werden, daß, anlangend die Wirkung der Zahlung an einen durch Rechtsgeschäft bestellten Vertreter, vom Entwurfe, welcher Vorschriften über General- und Spezialbevollmächtigung überhaupt nicht giebt, das Erforderniß einer Spezialbevollmächtigung des Vertreters zur Empfangnahme der Leistung nicht aufgestellt wird. Es ist im Einzelfalle zu prüfen, ob der Vertreter zur Entgegennahme der Leistung ermächtigt ist. Selbstverständlich werden durch den Entwurf die einschlägigen besonderen Bestimmungen der C. P. O. (§§ 77, 675, 676, 720) und der Konk. O. (§ 5, 107) nicht berührt. Auch über diejenigen Fälle, in welchen ein Dritter kraft Gesetzes, richterlicher Anordnung oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung zur Ausübung der Gläubigerrechte befugt ist (preuß. A. L. R. I, 16 § 30) bedurfte es keiner allgemeinen Vorschrift. Jene Befugniß ergiebt einerseits die Verpflichtung des Schuldners zur Erfüllung gegenüber dem Ausübungsberechtigten, andererseits sein Recht, an diesen mit liberirender Wirkung zu leisten. Ueberdies ist am entsprechenden Orte bei dem betreffenden Verhältnisse meist mit genügender Klarheit auf diese Verpflichtung und Befugniß des Schuldners hingewiesen[1]). — Der Entwurf schweigt auch über die solutionis causa adjectio. Es bleibt der Vereinbarung der Parteien überlassen, dem Schuldner das Recht der Leistung an eine dritte Person zu geben, ohne daß die Ausübung der Gläubigerrechte auf diese Person übertragen wird. Das Bedürfniß dispositiver Rechtsregeln, welche den gewöhnlich bei derartigen Vereinbarungen obwaltenden Parteiabsichten entsprächen, z. B. Hinwegfall der Befugniß der Leistung an den Dritten mit dessen Tode oder Insolvenz, ist nicht anzuerkennen. Die Umstände des einzelnen Falles müssen in den fraglichen Beziehungen maßgebend bleiben[2]).

---

[1]) Vergl. z. B. §§ 605, 1028, 1033, C. P. O. § 736.

[2]) Windscheid § 342 Nr. 5, b; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 31—33; sächs. G. B. § 692; hess. Entw. Art. 196, 281, bayr. Entw. Art. 40, 167, dresd. Entw. Art. 238.

Dagegen hielt man in Uebereinstimmung mit einem Theile der bestehenden Gesetze (sächs. G. B. § 691; code civil Art. 1239; vergl. hess. Entw. Art. 289 Abs. 2; bayr. Entw. Art. 267 Abs. 2; dresd. Entw. Art. 348) für angemessen auszusprechen, daß die an einen Anderen als den Gläubiger zum Zwecke der Erfüllung erfolgte Leistung als Erfüllung wirkt, wenn sie mit Einwilligung des Gläubigers erfolgt und daß sie als Erfüllung wirksam wird, wenn der Gläubiger die erfolgte Leistung genehmigt. Auf die Einwilligung und Genehmigung finden die allgemeinen Vorschriften in § 127 Anwendung, insbesondere in Ansehung der Genehmigung der Abs. 4 des § 127. Die entsprechende Anwendung des § 127 Abs. 1 ergiebt ferner, daß die Genehmigung wie die Einwilligung wirksam sowohl dem Leistenden als dem Empfänger der Leistung gegenüber erklärt werden kann. Da die Leistung an den Nichtgläubiger in den Fällen des § 266 als Erfüllung gilt, so kann der hiernach liberirte Schuldner das Geleistete von dem Nichtgläubiger nicht kondiziren. mit Willen des Gläubigers.

Der Entwurf dehnt das Konvaleszenzprinzip hier nicht wie in den in §§ 310, 830, 876 normirten Verhältnissen auch auf die Fälle aus, wenn der Empfänger der Leistung die Forderung erwirbt oder wenn der Empfänger von dem Gläubiger beerbt wird. Es ist zweifelhaft, ob die hier und die in jenen Paragraphen behandelten Fälle immer der gleichen Beurtheilung unterliegen. Für einfache Fälle wird das Konvaleszenzprinzip beim Vorhandensein jener Voraussetzungen auch hier zutreffen. Dieses Prinzip ist im Entwurfe als ein allgemeines, in geeigneten Fällen die analoge Anwendung gestattendes anerkannt. Seine Anwendung unterliegt deshalb zutreffendenfalls keinem Anstande. Es sind aber Komplikationen denkbar, in welchen durch das Eingreifen anderer allgemeiner Grundsätze die Anwendung des Konvaleszenzprinzipes ausgeschlossen werden kann, insbesondere, wenn die Rückforderung des Geleisteten durch den Wegfall der Bereicherung beschränkt ist. Ein Grund, durch eine positive Bestimmung zu Gunsten des Konvaleszenzprinzipes einzugreifen, liegt um so weniger vor, als es sich augenscheinlich um äußerst seltene Fälle handelt. In Betracht kommt übrigens, daß aus der Vorschrift des § 310 allein der Eintritt der Konvaleszenz in den hervorgehobenen Fällen nicht abgeleitet werden darf, weil § 310 nur bestimmt, die Abtretung werde (ex nunc) wirksam, ohne sich über die Wirksamkeit der in die Zwischenzeit fallenden Solutionsgeschäfte auszusprechen. — Ueberflüssig und nicht unbedenklich wären Spezialbestimmungen, wie solche sich in der bestehenden Gesetzgebung (sächs. G. B. § 691, code civil Art. 1239, dresd. Entw. Art. 348) über die Wirkung einer zum Zwecke der Erfüllung an einen Dritten erfolgten Leistung für den Fall finden, wenn der Gläubiger in diese Leistung nicht eingewilligt, sie auch nicht genehmigt hat. Die allgemeinen Vorschriften über die Kondiktionen und die Geschäftsführung ohne Auftrag sind im Einzelfalle dafür maßgebend, ob und inwieweit der Schuldner sich dem Gläubiger gegenüber auf eine derartige Leistung berufen kann. Dies gilt namentlich auch im Falle der Leistung an den Gläubiger des Gläubigers. Die für besonders geartete Fälle zu Gunsten des Schuldners, welcher bona fide an einen anderen als den gegenwärtigen Gläubiger leistete, gegebenen Vorschriften (z. B. § 304) bestehen für sich.

§§ 267, 268.

c) Anrechnung auf mehrere Schuldposten.

Für den Fall, wenn der Schuldner, welcher dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist, insbesondere Geld schuldet, zum Zwecke der Schuldtilgung eine zur Tilgung sämmtlicher Schulden nicht ausreichende Leistung bewirkt, besteht im gemeinen Rechte Einverständniß darüber, daß zunächst dem Schuldner das Recht zusteht, bei der Leistung zu bestimmen, welche der mehreren Schulden getilgt sein solle. Meinungsverschiedenheit besteht dagegen über die Wirkung einer solchen Bestimmung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber, insbesondere, ob sie für diesen bindend ist oder derselbe der Bestimmung des Schuldners zu widersprechen befugt ist[1]). Hierbei wird selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Leistung des Schuldners in Ansehung der von ihm bestimmten Schuld obligationsmäßig ist, der Gläubiger also aus dem Schuldverhältnisse bezw. der angebotenen Leistung kein Recht zur Zurückweisung der Leistung entnehmen kann. Unter den modernen Kodifikationen stellen, von dem speziellen Falle, wenn der Schuldner außer der Hauptschuld auch Zinsen und Kosten zu zahlen verpflichtet ist, vorerst abgesehen, das preuß. A. L. R. I, 16 §§ 150, 151 und das österr. G. B. §§ 1415, 1416 unter Ablehnung der einseitigen Bestimmungsbefugniß Alles auf das Einverständniß zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger ab; die Bestimmung des einen oder anderen Theiles steht einer Offerte gleich[2]), während die Gesetzgebung im Uebrigen (code civil Art. 1253, sächs. G. B. § 977 Satz 1, schweiz. Bd. Ges. Art. 101 Abs. 1, hess. Entw. Art. 293 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 169 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 351) im Anschlusse an die herrschende gemeinrechtliche Auffassung dem Schuldner das einseitige und den Gläubiger bindende Bestimmungsrecht einräumt. Der Entwurf schließt sich (§ 267 Abs. 1) den letzterwähnten Gesetzen und Entwürfen an, wofür neben der Rücksicht darauf, daß der Gläubiger grundsätzlich das Angebotene nur in dem Sinne annehmen kann, wie es ihm angeboten ist, vorwiegend praktische Erwägungen maßgebend waren. Es versteht sich von selbst, daß, wenn Gläubiger und Schuldner ein Uebereinkommen über die Abrechnung der Leistung auf die mehreren Schuldposten getroffen haben, hierdurch das einseitige Bestimmungsrecht des Schuldners ausgeschlossen wird. Abgesehen hiervon aber geräth der Gläubiger, welcher die Bestimmung des Schuldners bei im Uebrigen obligationsmäßiger Leistung desselben zurückweist, zweifellos in Ansehung derjenigen Forderung, auf welche Schuldner leisten zu wollen erklärte, in Annahmeverzug.

α. Bestimmungsrecht des Schuldners.

Kosten und Zinsen.

Für den Fall, daß der Schuldner außer der Hauptforderung Kosten und Zinsen zu entrichten hat und die vom Schuldner bewirkte Leistung nicht ausreicht zur Tilgung der ganzen Schuld, sprechen, im Anschlusse an eine in der gemeinrechtlichen Theorie vertretene Ansicht, der code civil Art. 1254, das sächs. G. B. § 977 Satz 2, der hess. Entw. Art. 292, bayr. Entw. Art. 169 Abs. 2 und der dresd. Entw. Art. 350 dem Schuldner die Befugniß ab, mit für den Gläubiger bindender Wirkung zu bestimmen, daß die Leistung zunächst auf die Hauptschuld abzurechnen sei. Der Gläubiger ist hiernach nicht verpflichtet, die Leistung auf

---

[1]) Windscheid § 343 bei und in Noten 2a, 2c.

[2]) Vergl. Eccius a. a. O. I § 91 S. 574 f.

seine Hauptforderung anzunehmen. Das österr. Gesetz § 1416 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 99 legen dem Gläubiger unmittelbar das Recht bei, die Zahlung zunächst auf die Kosten und Zinsen anzurechnen. Der Entwurf stellt diesfalls keine Ausnahme von dem einseitigen Bestimmungsrechte des Schuldners auf (§ 267 Abs. 1, § 268 Satz 2). Auch in dieser Richtung ist nicht der Gläubiger bestimmungsberechtigt. Die für eine derartige Ausnahme geltend gemachten Gründe sind nicht durchschlagend. Es wäre eine Anomalie, gerade in dem unterstellten Falle die einseitige Bestimmung des Schuldners an sich für unwirksam zu erklären; das Interesse des Gläubigers, welches in diesem Falle unter der Regelbestimmung vielleicht leiden kann, darf nicht den Ausschlag geben. Dieses Interesse des Gläubigers kann durch das Bestimmungsrecht des Schuldners noch in anderen Fällen sogar weit empfindlicher geschädigt werden. Ueberdies steht dem Gläubiger nach dem Entwurfe ein selbständiges Klagerecht wegen der Zinsen- und Kostenforderung zu. Es ergiebt sich also, daß, wenn der Schuldner die Abrechnung auf die Hauptschuld bestimmt und der Gläubiger die Leistung angenommen hat, es bei der Bestimmung des Schuldners verbleibt, mag der Gläubiger der Bestimmung widersprochen haben oder nicht. Dieser Widerspruch wäre wirkungslos. Die andere Frage aber, ob der Gläubiger die mit solcher Bestimmung angebotene Leistung als eine obligationswidrige ablehnen darf, beantwortet sich aus der Vorschrift des § 228; d. h. es kommt darauf an, ob eine Theilleistung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt. Ist letzteres im Einzelfalle zu bejahen, z. B. weil Verzugszinsen in Frage stehen, so steht das Ablehnungsrecht des Gläubigers außer Zweifel, während anderenfalls dieses Recht verneint werden müßte. Es kommt auf die Umstände des einzelnen Falles an. Durch eine positive Vorschrift der Rechtswissenschaft vorzugreifen und das Ablehnungsrecht für alle Fälle, in welchen der Schuldner die Abrechnung der Leistung zunächst auf die Hauptschuld bestimmt, dem Gläubiger beizulegen, ist weder nothwendig noch angemessen, um so weniger, als die zu lösende Frage nur dann von Belang ist, wenn das ganze Kapital angeboten wird, indem entgegengesetzten Falles das Ablehnungsrecht nach § 228 sich ohnehin nicht in Zweifel stellen läßt.

Wenn es an einer Bestimmung des Schuldners fehlt, so steht nach gemeinem Rechte das Bestimmungsrecht bei dem Gläubiger, welches er nach der herrschenden Meinung stets nur im Interesse des Schuldners soll ausüben dürfen. Die diesen Fall treffenden Vorschriften der neueren Gesetze sind dagegen dahin zu verstehen, daß sie gewissermaßen auf eine Uebereinkunft der Parteien abzielen, insofern es hiernach, falls der Gläubiger, sei es in der Quittung oder sonst bei Empfangnahme der Leistung bestimmt hat, auf welche Schuld die Leistung angerechnet werden soll, und der Schuldner die Quittung oder die Bestimmung ohne Vorbehalt bezw. ohne Widerspruch hinnimmt, bei der Bestimmung des Gläubigers verbleiben soll (sächs. G. B. § 978, schweiz. Bd. Ges. Art. 101 Abs. 2, code civil Art. 1255, hess. Entw. Art. 193 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 170 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 352 Abs. 1). Der Entwurf adoptirt das Bestimmungsrecht des Gläubigers nicht; vielmehr greifen, wofern nicht ein Uebereinkommen der Parteien vorliegt, die Vorschriften des § 267 Abs. 2, § 268 Abs. 1 Platz. Wenn der Gläubiger sofort nach Empfang dem Schuldner gegenüber bestimmt, auf welche Forderung anzurechnen sei, und der

β. Subsidiäre Anrechnungsgrundsätze.

Schuldner sich dabei beruhigt, so wird allerdings das Einverständniß des letzteren mit der Bestimmung anzunehmen sein, was einen Ausspruch im Gesetze nicht erfordert. In Betracht kommt aber vorzugsweise der Fall, wenn der Gläubiger in der Quittung einseitig die Anrechnung bestimmte. Einer solchen Bestimmung könnte doch nur dann eine Bedeutung beigelegt werden, wenn der Schuldner ihr nicht widerspricht. Dadurch verliert aber eine den erwähnten Gesetzen entsprechende Vorschrift den größten Theil ihres praktischen Werthes, weil in vielen Fällen Streit entstehen wird, ob rechtzeitig widersprochen worden oder nicht. Das wenn auch nur abgeschwächte Bestimmungsrecht des Gläubigers ist aber aus inneren Gründen überhaupt nicht gerechtfertigt, da nicht abzusehen ist, wie der Gläubiger soll die Befugniß haben können, über den animus solvendi des Schuldners nachträglich und vielleicht erst geraume Zeit nach der Leistung eine Entscheidung zu treffen, welcher sich der Schuldner nur durch rechtzeitigen Widerspruch entziehen könnte. Die Vorschrift des § 267 Abs. 2 hält sich mit dem Bestimmungsrechte des Schuldners im Einklange, insoweit in ihr nicht das Interesse des Gläubigers, sondern das Interesse und der muthmaßliche Wille des Schuldners als ausschlaggebend angesehen ist. Hierdurch wird auch die aus praktischen Gründen sich wenig empfehlende verhältnißmäßige Abrechnung möglichst vermieden. Nicht erforderlich ist, durch Beispiele besondere Anhaltspunkte dafür zu geben, welche Schuld unter mehreren die lästigere ist. — Die Vorschrift des § 268 Satz 1 wird praktisch auch in den Fällen, in welchen ohne Mitwirkung des Schuldners, z. B. im Zwangsvollstreckungsverfahren, geleistet ist. Die hier bestimmte Reihenfolge der Abrechnung schließt sich dem geltenden Rechte, insbesondere der Reichskonkursordnung (§ 40), an. Diese Vorschrift hat also eine über die Fälle, in denen der Schuldner die Leistung selbst bewirkt, hinausreichende Bedeutung. Sie gilt auch nicht blos für Zahlungen im engeren Sinne[1]).

§§ 269, 270.

Verpflichtungen des Gläubigers: a) Quittirung;

Dem Schuldner liegt der Beweis der Erfüllung, auch in den Fällen der §§ 267, 268, ob (vergl. § 193). Der Gläubiger ist verpflichtet, dem Schuldner, überhaupt demjenigen, welcher die Leistung bewirkt (vergl. § 227), gegen den Empfang der Leistung behufs des Beweises derselben auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntniß zu ertheilen. Der Entwurf (§ 269 Abs. 1) spricht die durch die Bedürfnisse des Verkehres gebotene Quittirungspflicht des Gläubigers, in Uebereinstimmung mit der bestehenden Gesetzgebung (Windscheid a. a. O. § 344 Note 8; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 86, 101, österr. G. B. § 1426, sächs. G. B. § 983, schweiz. Bd. Ges. Art. 102, hess. Entw. Art. 295, bayr. Entw. Art. 171, dresd. Entw. Art. 354, code civil Art. 1250, 1255, 1256, W. O. Art. 39, H. G. B. Art. 303, C. P. O. §§ 675, 677) aus, und zwar nicht blos bei Geldzahlungen, sondern für alle Fälle der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Quittirungspflicht des Gläubigers für

---

[1]) Sächs. G. B. § 979 Satz 2; preuß. A. L. R. I, 16, §§ 153, 154; schweiz. Bd. Ges. Art. 99; österr. G. B. § 1416; code civil Art. 1254.

die Fälle sofortiger Baarzahlung im Kleinhandel (sächs. G. B. § 983) zu machen, erachtete man mit den übrigen Kodifikationen theils für überflüssig, theils für bedenklich. — Aus § 269 in Verbindung mit § 92 folgt, daß der Gläubiger, welcher zu schreiben außer Stande ist, die Quittung mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens zu unterzeichnen verpflichtet ist (preuß. A. L. R. a. a. O. § 93, sächs. G. B. § 984, hess. Entw. § 296; vergl. C. P. O. § 381). — Die Quittung ist „gegen Empfang" der Leistung d. h. Zug um Zug zu ertheilen. Der Zweck der Vorschrift würde ohne diese Bestimmung nur unvollkommen erreicht werden. Der Schuldner hat also das Zurückbehaltungsrecht, und es geräth auch der Gläubiger, welcher auf Verlangen des die Erfüllung anbietenden Schuldners die Quittung auszustellen sich weigert, in Annahmeverzug (§§ 233, 256). Uebrigens folgt nach den Grundsätzen des Entwurfes, wonach unvollkommene, nicht selbständig verfolgbare Verpflichtungen nur ausnahmsweise in besonders bezeichneten Fällen anerkannt werden, aus der Verpflichtung des Gläubigers zur Quittungsertheilung, daß der Schuldner auf Erfüllung dieser Verpflichtung auch klagen kann.

Wenn der Schuldner ein rechtliches Interesse nachweist, daß die Quittung in einer anderen als in einfacher Schriftform (§ 92) ausgestellt werde, so ist der Gläubiger verpflichtet, die Quittung in der dem Interesse des Schuldners entsprechenden, z. B. in einer für spezielle Zwecke gesetzlich vorgeschriebenen Form zu ertheilen (§ 269 Abs. 2). Der Entwurf stellt diese Verpflichtung des Gläubigers allgemein, über die im sächs. G. B. § 984 Satz 2 bezeichneten Fälle hinaus, fest. Sie beruht auf dem gleichen Grunde wie die Pflicht des Gläubigers zur Quittungsertheilung überhaupt.

Nähere Bestimmungen über den Inhalt der Quittung (preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 87 ff., österr. G. B. § 1426 Satz 2, hess. Entw. Art. 295 Satz 2, bayr. Entw. Art. 171 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 353 Satz 2) hielt man für entbehrlich. Es versteht sich, daß aus dem Inhalte der Quittung die Beziehung derselben auf das betreffende Schuldverhältniß erhellen, auch das Datum in ihr angegeben sein muß. Alle Fälle treffende Vorschriften lassen sich nicht aufstellen.

Aus dem Wortlaute des § 269 geht hervor, daß der Schuldner auch im Falle einer Theilleistung die Ertheilung einer Quittung zu verlangen berechtigt ist (C. P. O. § 677, W. O. § 39 Abs. 2).

Die Beweiskraft der Quittung tritt mit ihrer Aushändigung an den Schuldner ein (Einf. Ges. zur C. P. O. § 17 Abs. 1).

Nothwendig ist die Lösung der praktisch wichtigen Frage, wer die Kosten der Quittung zu tragen habe. Die Vorschrift, daß sie regelmäßig der Schuldner zu tragen habe (§ 270, ebenso code civil Art. 1248, bayr. Entw. Art. 171)*), rechtfertigt sich dadurch, daß der Gläubiger als solcher dem Schuldner zu einer besonderen Leistung nicht verpflichtet ist, sondern hierzu nur durch eine positive, lediglich das Interesse des Schuldners im Auge habende Bestimmung angehalten wird, sowie daß die gegentheilige Vorschrift Kosten.

---

[1]) S. Eccius a. a. O. I § 91 Anm. 98.

(dresd. Entw. Art. 354) zu einer unvollständigen Befriedigung des Gläubigers führen würde. Die Regel kann aber entsprechend dem besonderen zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisse Ausnahmen erleiden, so insbesondere, wenn dasselbe ausschließlich im Interesse des Gläubigers eingegangen ist. Es erübrigt auch gemäß der aufgestellten Regel eine besondere Vorschrift, wie sie das sächs. G. B. § 984 giebt, daß der Schuldner regelmäßig die Kosten einer auf sein Verlangen in öffentlicher Form ausgestellten Quittung tragen müsse, während in den gedachten Ausnahmefällen der Gläubiger auch für diese Kosten zu haften habe.

Ueber die Tragung derjenigen Kosten, welche aus dem Nachweise der Legitimation des Gläubigers entstehen, trifft der Entwurf keine Bestimmung. Wenn diese Kosten auch nicht zu den Kosten der Quittung zu rechnen sind, so läßt die Frage, wer sie zu tragen habe, doch eine allgemeine Beantwortung nicht zu. Es kann hierbei namentlich von Wichtigkeit werden, ob bereits geleistet ist oder nicht.

Landesgesetzliche Bestimmungen, wonach staatliche Gebühren für Quittungen über Diensteinkünfte, Wartegelder oder Ruhegehälter der Militärpersonen, öffentlichen Beamten, Geistlichen oder Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, welche aus Hof-, Staats-, Gemeinde-, Stiftungs- oder anderen öffentlichen Kassen geleistet werden, von dem Gläubiger zu tragen sind[1]), werden durch die Vorschrift des § 268 nicht berührt. Es ist auch kein spezieller Vorbehalt im Einführungsgesetze diesfalls geboten. Die genannten gesetzlichen Bestimmungen gehören als Abgaben-, Steuer-, Stempel-, Gebührengesetze dem öffentlichen Rechte an, werden also durch das bürgerliche Gesetzbuch nicht berührt, und wenn auch de lege lata die fragliche Eigenschaft bei dem einen oder anderen Gesetze bestreitbar sein mag, so behält doch die Landesgesetzgebung freie Hand, die entscheidende Eigenschaft festzustellen. Andererseits ist zu prüfen, ob nicht derartige Vorschriften den Inhalt des Dienstvertrages normiren und als vereinbart zu gelten haben, so daß sie durch § 270 ohnehin nicht getroffen würden.

§ 271.

b) Zurückgabe des Schuldscheines; Mortifikationsschein.

Die Vorschrift des § 271 entspricht dem geltenden Rechte[2]). Die Verpflichtung zur Zurückgabe des Schuldscheines gegen die Tilgung, d. h. vollständige Erfüllung, ist eine vollkommene und Zug um Zug zu erfüllen (vergl. § 688). Die Ertheilung des Mortifikationsscheines ist von der Unmöglichkeit der Rückgabe des Schuldscheines abhängig gemacht (sächs. G. B. § 981). Es genügt nicht die Behauptung des Gläubigers, zu der Rückgabe außer Stande zu sein, indem sonst der Gläubiger nach seiner Wahl entweder

---

[1]) Vergl. z. B. bayr. Ges. vom 18. August 1879, betr. das Gebührenwesen, Art. 229 Abs. 2.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 125, 126 ff.; österr. G. B. § 1428; sächs. G. B. § 981; schweiz. Bd. Ges. Art. 102, 105; hess. Entw. Art. 297, bayr. Entw. Art. 175, 176, dresd. Entw. Art. 355. Vergl. C. P. O. § 677, W. O. Art. 39, H. G. B. Art. 303.

die Schuldurkunde zurückgeben oder einen Mortifikationsschein ertheilen könnte, hierdurch aber der Gefahr des Mißbrauches der Schuldurkunde zum Nachtheile des Schuldners oder Dritter Thür und Thor geöffnet wäre. Eine Kraftloserklärung im Wege des Amortisationsverfahrens für bloße Beweis- oder Legitimationsurkunden kennt der Entwurf nicht (vergl. §§ 692, 1123). Daß der Gläubiger die Kosten des Mortifikationsscheines zu tragen hat, liegt auf der Hand (bayr. Entw. Art. 176 Abs. 2).

Soweit das Gesetz dem Gläubiger in gewissen Fällen die Verpflichtung auferlegt, gegen die Befriedigung außer dem Schuldscheine weitere Urkunden dem Leistenden auszufolgen (§§ 1096, 1119, 1120, 1158), kommen die betreffenden Spezialbestimmungen selbstverständlich neben derjenigen des § 271 bezw. an deren Statt zur Anwendung.

In den modernen Gesetzen findet sich eine erhebliche Zahl zum Theil aus dem gemeinen Rechte entnommener Vermuthungen in Anknüpfung an gewisse thatsächliche Vorgänge, um in den betreffenden Fällen dem Schuldner in Ansehung der Erfüllung die Beweisführung zu erleichtern oder abzunehmen[1]). Auch soweit diese gesetzlichen Bestimmungen nicht als aufgehoben anzusehen sind (Einf. Ges. zur C. P. O. § 14 Ziff. 3, § 16 Ziff. 1), ist ihre Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch nicht angezeigt. So passend manche derselben in vielen Fällen erscheinen mögen, werden sie doch in nicht seltenen Fällen zur Anwendung sich nicht eignen, und wäre deshalb die Gefahr einer unrichtigen Anwendung mit denselben verbunden. Bei dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung besteht auch kein Bedürfniß für derlei Bestimmungen, indem man darauf vertrauen darf, daß in Fällen, in denen die Regeln wirklich zutreffend sind, ein verständiger Richter ohnehin ihnen entsprechend urtheilen werde.

II. Hinterlegung.

§§ 272, 273.

In den §§ 272—280 befaßt sich der Entwurf mit derjenigen Hinterlegung des geschuldeten Leistungsgegenstandes, zu welcher der Schuldner unter gewissen Voraussetzungen zu dem Zwecke berechtigt ist, um sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien, mit der Hinterlegung als Surrogat der Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger. Mitinbegriffen sind diejenigen Fälle, in welchen der Gläubiger behindert ist, Leistung an seine Person zu verlangen, aber doch die Hinterlegung als Erfüllung fordern darf (z. B. §§ 1033, 1217). Nicht in Frage stehen hier aber die Fälle, in denen die Hinterlegung zu anderen Zwecken, namentlich zur Sicherheitsleistung II. Hinterlegung. a) Zweck;

---

[1]) Windscheid § 344 N. 5, 6, 7, § 259 N. 12; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 97—103, 133—140, 146—148, I, 11 §§ 842 ff.; österr. G. B. §§ 1427, 1428, 1429; sächs. G. B. §§ 982, 985, 986; code civil Art. 1282, 1908; schweiz. Bd. Ges. Art. 102, 103, 104; hess. Entw. Art. 298—300, 351, bayr. Entw. Art. 173, 174, 219, dresd. Entw. Art. 356, 357.

dient. Insbesondere werden durch die Bestimmungen des Entwurfes die Vorschriften der Prozeßgesetze, insoweit sie eine Hinterlegung anordnen oder nachlassen, bezw. die Frage über die Bedeutung und Wirkung einer solchen Hinterlegung, nicht berührt.

b) Hinterlegungsstelle; Die Hinterlegung, welche dem Schuldner zur Verfügung gestellt wird, um sich unter gewissen Voraussetzungen durch dieselbe von seiner Verpflichtung zu befreien, ist die öffentliche, d. h. eine bei einer öffentlichen, durch die Landesgesetzgebung als solche bestimmten Hinterlegungsstelle (§§ 272, 280). Das Recht der Hinterlegung an drittem Orte, z. B. bei einer dritten Person, versagt der Entwurf dem Schuldner auch in den in § 278 bezeichneten Fällen (preuß. A. L. R. I, 16 § 213, vergl. mit preuß. Hinterl. O. vom 14. März 1879 § 1, österr. G. B. § 1425, code civil Art. 1259 Ziff. 2, sächs. G. B. §§ 756 ff., hess. Entw. Art. 301, bayr. Entw. Art. 177, dresd. Entw. Art. 358 ff.; vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 107 ff.). Nur die öffentliche Hinterlegung gewährt dem Gläubiger, welcher häufig hinsichtlich der causa depositionis völlig schuldfrei ist, genügenden Schutz, dadurch, daß der Leistungsgegenstand in die Hände des Staates oder der bestimmten öffentlichen Behörden oder öffentlichen Anstalten gelangt, welche volles Vertrauen verdienen und deren Responsabilität die Gefahr eines Verlustes kaum besorgen läßt, während die Hinterlegung bei Dritten (vergl. z. B. H. G. B. Art. 343) mit Gefahren für den Gläubiger verbunden ist. Wenn der vom Schuldner gewählte Dritte seine Pflichten verletzte und zum Schadensersatze außer Stande wäre, so bliebe der Schaden meistens dem Gläubiger zur Last. Die Verantwortlichkeit des Schuldners im Falle eines Versehens bei der Wahl des Dritten könnte wegen der Schwierigkeit des Nachweises eines solchen Versehens den Gläubiger häufig nicht vor Verlust schützen. Diese Gefahren für den Gläubiger beständen auch, falls der Richter zur Wahl des Dritten berufen würde. Auch der Richter könnte bei solcher Wahl fehlgreifen und ihm gegenüber würde sich der Vorwurf eines Versehens noch schwerer begründen lassen. Die Wahl durch den Richter könnte nur dann sich empfehlen, wenn derselbe zugleich zur Beaufsichtigung des Dritten berufen, damit aber eine der öffentlichen Hinterlegung gleichstehende gerichtliche Sequestration angeordnet würde. Es muß bedenklich erscheinen, reichsgesetzlich den Gerichten solche Funktionen zu überweisen. Die §§ 272 ff. setzen hiernach landesgesetzlich eingesetzte und organisirte öffentliche Hinterlegungsstellen voraus. Wo solche noch nicht bestehen, ist es Sache der Landesgesetzgebung, sie einzusetzen. Letztere ist nicht gehindert, auch die Gerichte, bezw. gewisse Gerichte als Hinterlegungsstellen zu bezeichnen. Auch die Hinterlegung des gemeinen Rechtes ist eine öffentliche oder gerichtliche in dem erwähnten Sinne. Die angeführten modernen Gesetze haben gleichfalls, soweit sie nicht geradezu Hinterlegung bei Gericht vorschreiben, gesetzlich bestimmte und geordnete Hinterlegungsstellen im Auge oder zur Voraussetzung.

Soweit es sich um die Einrichtung öffentlicher Hinterlegungsstellen handelt (§ 280), sind die Vorschriften insofern von allgemeiner Bedeutung, als die an anderen Stellen des Gesetzbuches vorkommende „öffentliche Hinterlegung" stets als die Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle zu verstehen ist.

Der Entwurf (§ 272) läßt die öffentliche Hinterlegung nur bei Schuldverhältnissen zu, welche die Leistung von Geld oder Werthpapieren zum Gegenstande haben, und zwar sind hier Werthpapiere im weiteren Sinne verstanden; vorbehaltlich der Befugniß der Landesgesetzgebung, zu bestimmen, daß die öffentlichen Hinterlegungsstellen auch noch andere (bewegliche) Sachen als Geld- oder Werthpapiere anzunehmen haben, und daß auf die Schuldverhältnisse, bei welchen der Leistungsgegenstand in solchen anderen Sachen besteht, der § 272 Anwendung finden solle, also rücksichtlich desselben dem Schuldner unter den dort bezeichneten Voraussetzungen das Recht der Hinterlegung mit befreiender Wirkung zustehe (§ 280 Abs. 2). In Ermangelung solcher landesgesetzlichen Vorschriften ist die Depositionsbefugniß des Schuldners (reichsgesetzlich, §§ 272, 278) auf Geld und Werthpapiere beschränkt, indem insbesondere auch das nach § 278 dem Schuldner einer zur öffentlichen Hinterlegung nicht geeigneten beweglichen Sache unter bestimmter Voraussetzung zustehende Verkaufsrecht dem Zwecke dient, an Stelle jener Sache eine reichsgesetzlich depositalmäßige Sache, nämlich Geld zu schaffen, dem Schuldner einer unbeweglichen Sache aber kein Ersatz für die ihm verschlossene Hinterlegung gegeben ist. c) Gegenstand;

Gemeinrechtlich ist die Befugniß zur eigentlichen Deposition an sich bei allen beweglichen Sachen zugelassen. Soweit sich dieselben nach ihrer besonderen Beschaffenheit nicht zur Deposition eignen, greift das Verkaufsrecht behufs Preishinterlegung Platz; aber auch das Recht, die Sache auf- oder preiszugeben, wird dem Schuldner noch zugesprochen. Nach preußischem Rechte (A. L. R. I, 16 § 213, Hinterl. O. § 1) sind ordentliche Gegenstände hinsichtlich der Befugniß des Schuldners zur öffentlichen Deposition bei den öffentlichen Hinterlegungsstellen: Geld, Werthpapiere auf Inhaber, Werthpapiere auf Namen, auf welche die Zahlung dem Inhaber geleistet werden kann, und Kostbarkeiten. Für unbewegliche und nicht depositalmäßige bewegliche Sachen ersetzt die Uebergabe zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung die eigentliche Deposition (A. L. R. I, 16 § 234, I, 14 §§ 98 ff., Hinterl. O. §§ 87 f.). Ist die Sache der Gefahr des Verderbens ausgesetzt, so kann sie auf gerichtliche Anordnung öffentlich versteigert werden. Der Erlös wird in das Depositum genommen (A. L. R. I, 14 §§ 101 ff.; vergl. auch I, 11 §§ 99, 217—220). Das österr. G. B. § 1425, das sächs. G. B. §§ 756, 757, 759, das schweiz. Bd. Ges. Art. 107, 108, und der bayr. Entw. Art. 177 unterscheiden, ob der Gegenstand der Leistung sich zur (gerichtlichen) Hinterlegung oder Niederlegung eignet oder nicht. Für das österr. Recht ist hier die Verordnung vom 16. November 1850 maßgebend, wonach die Depositenämter nur Geld, öffentliche Obligationen, Privatschuldverschreibungen, andere einen Geldwerth repräsentirende Urkunden und Pretiosen anzunehmen haben; ist der Gegenstand der Leistung hiernach zur Hinterlegung nicht geeignet, insbesondere eine unbewegliche Sache, so greift gerichtliche Verwahrung ein. Das sächs. G. B. gewährt dem Schuldner eines zur Niederlegung bei dem Gerichte nicht geeigneten Gegenstandes ein Mittel, sich von der Schuld zu befreien, nur unter der Voraussetzung, daß der Berechtigte im Verzuge ist und die Aufbewahrung ohne Kosten und Unbequemlichkeit nicht möglich ist. Ein Grundstück kann der Schuldner solchenfalls nach vorgängiger Anzeige bei dem Geltendes Recht;

Gerichte der gelegenen Sache verlassen; der Schuldner eines beweglichen Gegenstandes kann denselben zum Verkaufe bringen und im Falle der Unthunlichkeit des Verkaufes preisgeben. Das schweiz. Bd. Ges. giebt dem Schuldner, wenn die geschuldete Sache zur Hinterlegung nicht geeignet oder dem Verderben ausgesetzt ist oder Unterhaltungskosten erheischt, das Verkaufsrecht behufs der Hinterlegung des Erlöses. Der bayr. Entw. gewährt, falls eine Hinterlegung nicht thunlich ist, insbesondere bei unbeweglichen Sachen, das Recht auf gerichtliche Beschlagnahme; ebenso der hess. Entw. Falls aber eine bewegliche Sache zur Hinterlegung deshalb nicht geeignet ist, weil sie dem Verderben ausgesetzt ist oder Unterhaltungskosten erheischt, so ist dem Schuldner das Verkaufsrecht zu dem erwähnten Zwecke gegeben (bayr. Entw. Art. 177 Abs. 9, hess. Entw. Art. 301, 302). Der dresd. Entw. Art. 358 sieht von Gewährung einer Hülfe für den Schuldner einer unbeweglichen Sache ab. Eignet sich eine geschuldete bewegliche Sache nicht zur Hinterlegung, insbesondere, weil sie dem Verderben ausgesetzt ist oder Unterhaltskosten verlangt, so hat der Schuldner das Recht, dieselbe zu verkaufen und den Erlös zu hinterlegen, oder, wenn die Versteigerung erfolglos geblieben ist, die Sache preiszugeben. Der code civil endlich (Art. 1257 ff.) giebt bei Geldzahlungen dem Schuldner, wenn der Gläubiger sich weigert die Zahlung anzunehmen, nach erfolgloser reeller Darbietung der Zahlung das Recht der Hinterlegung bei der gesetzlichen Behörde. Ist die geschuldete Sache aber ein genau bestimmter Gegenstand, welcher an dem Orte überliefert werden muß, wo er sich befindet, und holt der rite aufgeforderte Gläubiger die Sache nicht ab, so kann der Schuldner, falls er des Ortes, wo sich die Sache befindet, bedarf, vom Gerichte die Erlaubniß auswirken, sie an einem anderen Orte zur Verwahrung niederzulegen (Art. 1264). Handelt es sich um ein Immobile, so kann der Schuldner dessen gerichtliche Sequestration erlangen (Zachariä a. a. O. II § 323 Anm. 20). Die Verkaufsselbsthülfe kennt der code civil nicht.

Standpunkt des Entwurfes; Das Institut der öffentlichen Hinterlegung besteht hiernach für Geld wohl allgemein und läßt sich für Werthpapiere, soweit für sie ein Gleiches hin und wieder noch nicht gilt, ohne Schwierigkeit einführen. Den Landesgesetzen kann und muß dagegen überlassen werden, ob das Institut noch auf andere (bewegliche) Sachen, insbesondere auf Kostbarkeiten auszudehnen sei. Insoweit hiernach die zu leistende Sache hinterlegungsfähig ist, hat der Schuldner das Recht und nur das Recht zur öffentlichen Hinterlegung, abgesehen zunächst von dem in § 278 geordneten Rechte des Verkaufes behufs der Hinterlegung des Erlöses. Für den Fall, daß der Leistungsgegenstand eine unbewegliche Sache ist, trifft der Entwurf keine Bestimmung; d. h. er gewährt dem Schuldner an Stelle der nicht möglichen Hinterlegung kein Mittel, um sich durch dasselbe anstatt der unausführbaren Erfüllung zu liberiren. In vielen Fällen, in welchen eine unbewegliche Sache der Leistungsgegenstand ist, fehlt es an jedem Bedürfnisse, dem Schuldner durch Beilegung eines besonderen Rechtes zu Hülfe zu kommen, indem sich alle Schwierigkeiten oft dadurch erledigen werden, daß der Schuldner bei einzelnen, keiner Aufsicht bedürfenden Grundstücken sich zurückhält oder zurückzieht. In anderen Fällen aber wird der Schuldner sich dadurch helfen können, daß er die Einleitung einer Vormundschaft, Pflegschaft,

Nachlaßpflegschaft erwirkt oder, bei streitigen Rechtsverhältnissen, die Bestellung eines Sequesters durch einstweilige Verfügung (C. P. O. § 817) beantragt. Für die seltenen Fälle, in welchen hiernach der Schuldner in einige Verlegenheit gerathen kann, ist die Beilegung der Befugniß, ohne besondere Voraussetzungen allgemein die Einleitung einer gerichtlichen Sequestration zu fordern, nicht wohl thunlich, weil eine solche unter gerichtlicher Leitung und Aufsicht sich vollziehen müßte, die Uebertragung einer derartigen Funktion an die Gerichte aber an sich bedenklich ist. Hierzu kommt, daß eine gerichtliche Sequestration, weil regelmäßig von der Leistung eines erheblichen Kostenvorschusses abhängig, dem Schuldner gewöhnlich wenig dient, wie erfahrungsgemäß in den Gebieten, deren Gesetzgebung das fragliche Recht gewährt, von demselben nur äußerst selten Gebrauch gemacht wird, während in den Rechtsgebieten, in denen dem Schuldner hinsichtlich der Immobilien gar kein besonderes Recht eingeräumt ist, das Bedürfniß nach Einführung eines solchen nicht empfunden wird. Ganz unzulässig erschiene die Uebergabe des Grundstückes an einen Dritten zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung. Der Entwurf schweigt endlich von dem Rechte des Schuldners, die geschuldete bewegliche oder unbewegliche Sache preiszugeben oder aufzugeben (sächs. G. B. § 757, dresd. Entw. Art. 358). Dieses Mittel (als Erfüllungssurrogat) verträgt sich mit dem heutigen Rechtsbewußtsein und den wirthschaftlichen Grundsätzen der Gegenwart nicht mehr, und wäre auch deshalb mißlich, weil immer unklar bleibt, was unter preisgeben oder aufgeben zu verstehen, wodurch dasselbe von dem Derelinquiren sich juristisch unterscheidet und welche Rechtsänderungen in Beziehung auf das Eigenthum sich daran knüpfen[1]).

Voraussetzung der Befugniß des Schuldners zur Hinterlegung mit befreiender Wirkung ist das Vorhandensein einer der vom Gesetze anerkannten, rechtmäßigen Gründe[2]). Diese Gründe sind unabhängig von einem Verschulden des Gläubigers; ja die Depositionsbefugniß des Schuldners hat gerade für Hinderungsfälle ihre Hauptbedeutung, bei welchen den Gläubiger keine Fahrlässigkeit trifft. Dies ist allerseits, abgesehen vom französischen Rechte (code civil Art. 1257 ff.), anerkannt. Der Entwurf (§ 272 Abs. 1 Nr. 1) hebt zunächst den Fall des Annahmeverzuges des Gläubigers hervor, weil hier unabhängig davon, ob die Leistung dem Schuldner durch den Annahmeverzug unmöglich wird oder nicht (vergl. z. B. § 256), dem letzteren das Recht der Hinterlegung zustehen muß. Ferner ist dem Schuldner (§ 272 Abs. 1 Nr. 2) das Recht der Hinterlegung gewährt, wenn er aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde seine Verbindlichkeit zu erfüllen oder mit Sicherheit zu erfüllen nicht im Stande ist. Hierher gehört z. B. der Fall, wenn die Forderung, um deren Erfüllung es sich handelt, mit Arrest belegt ist. Hier muß dem Schuldner das fragliche Recht unbeschränkt zustehen, obwohl

d) Gründe;

---

[1]) S. auch § 365.

[2]) Windscheid § 347; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 215 ff., 222, 226, 131, I, 7 § 168, I, 11 § 670, I, 17 § 156, Hinterl. O. §§ 19, 39; österr. G. B. § 1425; code civil Art. 1257, 1264; sächs. G. B. §§ 756, 759; schweiz. Bd. Ges. Art. 107; hess. Entw. Art. 301, bayr. Entw. Art. 177, dresd. Entw. Art. 358.

die Leistung an den Gläubiger möglich und nur ein volle Sicherheit gewährendes Leisten ausgeschlossen ist. Endlich wird (§ 272 Abs. 1 Nr. 2) dem Schuldner das Depositionsrecht dann eingeräumt, wenn er seine Verbindlichkeit zu erfüllen oder mit Sicherheit zu erfüllen aus dem Grunde nicht im Stande ist, weil er sich entschuldbarer Weise über die Person des Gläubigers in Ungewißheit befindet. Hiermit ist der vielbestrittene und wichtige Fall der sog. subjektiven Ungewißheit des Gläubigers, z. B. beim Auftreten mehrerer Forderungsprätendenten, gedeckt. Es erschiene ebenso ungerechtfertigt, jede subjektive Ungewißheit für genügend zu erachten, als diese allgemein für unerheblich zu erklären. Die richtige Entscheidung liegt in der Mitte: die nur subjektive Ungewißheit muß einerseits, darf aber andererseits nur dann Beachtung finden, wenn sie weder verschuldet ist, noch auf Zweifeln beruht, welche ein verständiger Mann nicht hegen kann. Zu den Berücksichtigung verdienenden Zweifeln sind aber je nach den Umständen auch solche zu zählen, welche in einer rechtlichen Beurtheilung sich gründen. Eine irrthümliche rechtliche Beurtheilung schließt also unter den erwähnten Voraussetzungen die Depositionsbefugniß nicht aus. Von diesem Standpunkte des Entwurfes aus war es insbesondere überflüssig, für den Fall, wenn gegen den Schuldner mehrere Zessionare oder der ursprüngliche Gläubiger (Zedent) und Zessionar auftreten, besondere Bestimmungen zu treffen. Ob eine entschuldbare Ungewißheit über die Person des Gläubigers vorgelegen und die aus diesem Grunde erfolgte Hinterlegung eine rechtmäßige und wirksame war, hat wie in allen Fällen, in welchen die Wirksamkeit einer Hinterlegung wegen Mangels einer Voraussetzung bestritten wird, das Gericht im konkreten Falle nach den Umständen zu entscheiden. Das Vorhandensein der Voraussetzungen hat übrigens der Schuldner erforderlichen Falles zu beweisen.

e) Wirkung; Durch die rechtmäßige öffentliche Hinterlegung wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit in gleicher Art befreit, wie durch die Leistung an den Gläubiger (§ 272 Abs. 2). Es versteht sich hiernach von selbst, daß diese Wirkung nur eintritt, wenn der Leistungsgegenstand voll und ganz, so wie er geschuldet ist, hinterlegt wird (preuß. A. L. R. I, 16 § 213; hess. Entw. Art. 303); eine Ausnahme in dieser Richtung statuirt nur die Vorschrift des § 273 Abs. 1. Aus jener Rechtswirkung folgt u. A., daß bei gegenseitigen Schuldverhältnissen der Schuldner, falls das Recht der Zurücknahme des hinterlegten Gegenstandes erloschen ist, von dem Gläubiger die fällige Gegenleistung verlangen kann (§ 276, arg. § 365). Es folgt aber aus jenem Rechtssatze nicht, daß auch der Gläubiger immer sofort die Ausfolgung des Gegenstandes der Hinterlegung fordern könnte. Vielmehr ist nach dem Inhalte des konkreten Schuldverhältnisses zu prüfen, ob und inwiefern dieses Recht des Gläubigers besteht. Ist z. B. bei einem gegenseitigen Zug um Zug zu erfüllenden Schuldverhältnisse wegen Annahmeverzuges des Gläubigers hinterlegt (§ 256), so erlangt der Gläubiger dadurch allein, daß er durch seine Annahmeerklärung das Zurücknahmerecht des Schuldners ausschließt (§ 274 Nr. 2), keineswegs das Recht auf Ausfolgung des hinterlegten Gegenstandes. Denn durch die Hinterlegung wird die juristische Natur und der Inhalt des Schuldverhältnisses in keiner Weise geändert. Durch eine Auslieferung des Gegenstandes, bevor der Gläubiger seinerseits erfüllt hätte, würden aber in dem unterstellten Falle die Rechte des

Schuldners offensichtlich verletzt. Der hinterlegende Schuldner hat deshalb der Hinterlegungsstelle auch den Grund der Hinterlegung dergestalt zu bezeichnen, daß deutlich erhellt, inwiefern die Auslieferung an den Gläubiger von einem besonderen Erforderniße abhängig ist. Die an die rechtmäßig erfolgte öffentliche Hinterlegung sich knüpfende Wirkung der Befreiung des Schuldners ist, wie schon angedeutet, nicht sofort eine definitive. Damit sie eine solche werde, muß vielmehr das Zurücknahmerecht des Schuldners erloschen sein (§§ 274, 275, dresd. Entw. Art. 359). Hiervon hängt auch die bleibende Erlöschung der Nebenverbindlichkeiten ab. (Vergl. preuß. A. L. R. I, 16 §§ 213, 229, sächs. G. B. §§ 756, 759, österr. G. B. § 1425, hess. Entw. Art. 303, bayr. Entw. Art. 178 Abs. 2.)

Die Hinterlegung selbst, sowie der Eintritt der bezeichneten Wirkung ist nach dem Entwurfe unabhängig von einem Vorverfahren, insbesondere von einer besonders qualifizirten Aufforderung oder Benachrichtigung des Gläubigers (sächs. G. B. § 756, österr. G. B. § 1425, code civil Art. 1257 ff.) oder von einer Anordnung oder Zulassung seitens des Gerichtes oder der Hinterlegungsstelle (§ 273 Abs. 2). Der Schuldner schreitet zur Hinterlegung selbständig, und die Wirkung tritt ein, wenn die Hinterlegung rechtmäßig erfolgt und nicht zurückgenommen worden ist (§§ 272, 273; vergl. preuß. Hinterl. O. §§ 19, 39; §§ 70 ff.). Entsteht zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Streit über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung und demzufolge über die Befreiungswirkung derselben, so entscheidet hierüber das Gericht im ordentlichen Prozeßverfahren. Jede nur vorläufige Entscheidung könnte dem Rechte des Schuldners zu nahe treten, und sie würde, wenn die Hinterlegung zugelassen wird, nur unnütze Kosten verursachen. kein Vorverfahren.

Die Befreiungswirkung tritt nach dem Entwurfe (§ 273) ein, wofern nur bei einer landesgesetzlich bestimmten (öffentlichen) Hinterlegungsstelle (§ 280) hinterlegt worden ist. Der Entwurf stellt das Erforderniß, daß bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsortes (§§ 229, 230) zu hinterlegen sei, als wesentliches für den Eintritt der Wirkung (preuß. A. L. R. a. a. O. § 214, sächs. G. B. § 756, § 759, Siebenhaar a. a. O. II S. 70, hess. Entw. Art. 301, 303, bayr. Entw. Art. 177, 178) nicht auf. Vielmehr ist an den Umstand, daß nicht bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsortes hinterlegt worden, nur die Verpflichtung des Schuldners geknüpft, dem Gläubiger den hieraus erwachsenden Schaden zu ersetzen. Es erschien im höchsten Grade bedenklich, die Hinterlegung bei einer anderen Stelle als derjenigen des Erfüllungsortes für wirkungslos zu erklären, weil der Leistungsort in vielen Fällen zweifelhaft und nur schwer zu ermitteln ist, der Schuldner also, wollte man jene Bestimmung treffen, in häufigen Fällen in große Verluste gerathen könnte. Für den Gläubiger ist es aber, wenn er den Schadensersatz erhält, in der Regel gleichgültig, wo hinterlegt wird. Daraus, daß der Schuldner auch durch die bei einer anderen Hinterlegungsstelle als derjenigen des Erfüllungsortes bewirkte Hinterlegung befreit wird, ist jedoch nicht abzuleiten, daß jede öffentliche Hinterlegungsstelle ohne Weiteres jede Hinterlegung annehmen müßte. Der Landesgesetzgebung ist vielmehr die Abgrenzung der örtlichen Zuständigkeit der öffentlichen Hinterlegungsstellen, sowie die Erlassung näherer Bestimmungen f) Ort.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

über die öffentliche Hinterlegung vorbehalten (§§ 280 Abs. 1, 3). Ergiebt sich, daß die angegangene Hinterlegungsstelle nach den für sie maßgebenden landesgesetzlichen Bestimmungen örtlich nicht zuständig ist, so muß dieselbe aus diesem Grunde allerdings die Hinterlegung zurückweisen können.

Benachrichtigung des Gläubigers. Die Hinterlegung erfolgt dem Gläubiger gegenüber, insofern ihm durch dieselbe der hinterlegte Gegenstand zur Verfügung gestellt wird. Hieraus rechtfertigt sich die Vorschrift (§ 273 Abs. 1), daß der Schuldner von der erfolgten Hinterlegung, soweit thunlich, den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen hat, widrigenfalls er ihm zum Ersatze des aus der Unterlassung dieser Benachrichtigung erwachsenen Schadens verantwortlich ist (preuß. Hinterl. O. § 19 Abs. 5). Die Benachrichtigung kann der Schuldner auf dem in § 75 vorgesehenen Wege bewirken; dagegen ist die der bezeichneten Verpflichtung des Schuldners in den Worten „soweit thunlich" beigefügte Beschränkung u. A. auch in dem Sinne zu verstehen, daß ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers regelmäßig dann ausgeschlossen ist, wenn die Benachrichtigung des Gläubigers lediglich aus dem Grunde unterblieb, weil sie nur nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geltenden Vorschriften nach Maßgabe des § 76 erfolgen könnte. Denn insoweit wird eine Benachrichtigung nur in Ausnahmefällen als eine thunliche anzusehen sein. Auf die Wirksamkeit der Hinterlegung ist das Unterlassen der Benachrichtigung ohne Einfluß.

Mit rechtlicher Wirkung kann hinterlegen der Schuldner und Jeder, welcher für ihn rechtsgültig die geschuldete Leistung bewirken kann[1]).

§§ 274, 275, 276.

Recht a) des Schuldners zur Zurücknahme; Der Aufstellung des Rechtssatzes, die rechtmäßige Hinterlegung wirke als Erfüllung (§ 272 Abs. 2), würde es vielleicht entsprechen, dem Schuldner das Recht der Zurücknahme des hinterlegten Gegenstandes nicht beizulegen. Die Beilegung dieses Rechtes nöthigt überdies zu besonderen, vom juristischen Standpunkte aus nicht zu empfehlenden Vorschriften über das Wiederaufleben der Verbindlichkeit im Falle der Zurücknahme und läßt so gar, so lange nicht auf das Recht verzichtet ist, das Erlöschen der Verbindlichkeit nur als ein unvollkommenes erscheinen (§§ 275, 276). Demungeachtet mußte das Zurücknahmerecht aus praktischen Gründen im Prinzipe und als Regel anerkannt werden. Ist ohne zureichenden Grund hinterlegt, die Hinterlegung also eine unrechtmäßige, so kann dem Schuldner das Zurücknahmerecht ohnedies nicht versagt werden. Ob eine vom Schuldner bewirkte Hinterlegung eine rechtmäßige oder eine unrechtmäßige ist, bleibt aber bei der Hinterlegung vorläufig eine offene Frage, welche der Schuldner in einer großen Zahl von Fällen nicht einmal in naher oder absehbarer Zeit zur Erledigung bringen kann. Nach der Hinterlegung ergiebt sich demgemäß allermeist ein längere oder kürzere Zeit dauernder Zustand der Ungewißheit. Während dieser Zeit dem Schuldner das Zurücknahmerecht zu versagen, wäre um so unangemessener und härter, als die

---

1) § 227, vergl. §§ 1080, 1081, 1082, §§ 1161, 1162, 1163.

thatsächlichen Verhältnisse eine die Handlungsweise des Schuldners beeinflussende Aenderung erleiden können. Die Versagung jenes Rechtes drohte sogar, den praktischen Zweck des Rechtsinstitutes schwer zu beeinträchtigen. Zu diesen Zweckmäßigkeitsgründen kommt, daß im geltenden Rechte ziemlich allgemein das Zurücknahmerecht des Schuldners anerkannt ist[1]). Nach dem sächs. G. B. findet allerdings das einseitige Zurücknahmerecht nur statt bei der aus dem Grunde des Gläubigerverzuges stattgehabten Hinterlegung und zwar nur, so lange dem Berechtigten durch das Gericht von der Hinterlegung nicht Nachricht ertheilt ist. Dies hängt jedoch mit der im sächs. G. B. §§ 756, 759 aufgestellten, vom Entwurfe nicht angenommenen Unterscheidung hinsichtlich der Hinterlegungsgründe und des Eintrittes der Wirkung der Hinterlegung bei denselben zusammen. Die preuß. Hinterl. O. läßt die einseitige Zurücknahme nur zu, wenn der Schuldner sich die Zurücknahme vorbehalten hat. Die angeführten Gründe, welche die Zurücknahmebefugniß rechtfertigen, führen aber mit Nothwendigkeit dahin, dieselbe von einem solchen Vorbehalte unabhängig zu machen. Andererseits kann dem Schuldner das Recht, sich des Zurücknahmerechtes bei der Hinterlegung wirksam zu begeben, nicht versagt werden. Durch einen solchen der Hinterlegungsstelle gegenüber ausgesprochenen Verzicht (§ 274 Abs. 1) kann der Schuldner die mit der Befugniß der Zurücknahme verbundenen Nachtheile abwenden. Auch nach der Hinterlegung kann der Schuldner mit dieser Wirkung der Hinterlegungsstelle gegenüber den Verzicht auf das Zurücknahmerecht aussprechen, in welchem Falle dieses bis dahin bestandene Recht erlischt (§ 274 Abs. 2 Nr. 1). Die Gründe, auf welchen die Beilegung des Zurücknahmerechtes beruht, bringen es ferner mit sich, daß dasselbe in Wegfall kommen muß, sobald dem Gläubiger gegenüber die Hinterlegung als eine rechtmäßige festgestellt ist, d. h. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt oder in einem zwischen dem Gläubiger und Schuldner geführten Rechtsstreite durch rechtskräftiges Urtheil die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt worden ist. An und für sich würde es genügen, wenn jene Feststellung nur dem Schuldner gegenüber ergangen ist. Aus praktischen Gründen verdient es den Vorzug, nur diejenige Annahme des Gläubigers zu berücksichtigen, welche der Hinterlegungsstelle gegenüber erklärt ist, und, anlangend das Urtheil, dessen Vorlegung durch den Gläubiger oder Schuldner bei der Hinterlegungsstelle zu fordern. Anderenfalls läge die Gefahr nahe, daß der Schuldner, weil die Hinterlegungsstelle vom Sachverhalte nicht unterrichtet ist, zurücknehmen könnte, obwohl er das Zurücknahmerecht nicht mehr hat (§ 274 Abs. 2 Nr. 2, 3; vergl. preuß. Hinterl. O. § 19 Abs. 6, schweiz. Bd. Ges. Art. 109, code civil Art. 1261, 1262; hess. Entw. Art. 304, bayr. Entw. Art. 179, dresd. Entw. Art. 360). Nicht gerechtfertigt erscheint die Bestimmung, daß das Zurücknahmerecht auch dann erlösche, wenn in Folge der Hinterlegung eine Hypothek gelöscht worden, ein Pfandrecht oder eine sonstige Sicherheit vom Gläubiger aufgegeben sei (schweiz. Bd. Ges. Art. 109, hess. Entw. Art. 304,

Verzicht darauf.

Erlöschen des Rechtes.

---

[1]) Sintenis, Civ. R. II § 103 Nr. 84; preuß. Hinterl. O. § 19 Abs. 6; sächs. G. B. §§ 758, 759; code civil Art. 1261; schweiz. Bd. Ges. Art. 109; hess. Entw. Art. 304, bayr. Entw. Art. 179, dresd. Entw. Art. 360.

bayr. Entw. Art. 379, dresd. Entw. Art. 360). Gemäß der Vorschrift des § 276 ist der Gläubiger während der Dauer des Zurücknahmerechtes eine Sicherheit aufzugeben nicht verbunden. Versteht er sich gleichwohl dazu, obwohl der Schuldner weder auf das Zurücknahmerecht verzichtet, noch die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung auf eine der in § 272 Abs. 2 Ziff. 2, 3 bezeichneten Weisen festgestellt worden ist, so muß er die Folgen hiervon tragen.

Unrechtmäßige Hinterlegung. Ist unrechtmäßig hinterlegt, so hat, wie bemerkt, der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen stets, auch wenn von ihm auf die Zurücknahme verzichtet worden ist, die Befugniß, die durch eine unrichtige Voraussetzung veranlaßte Hinterlegung rückgängig zu machen. Um so mehr kann er dies solchenfalls, wenn rechtskräftig die Unrechtmäßigkeit der Hinterlegung in einem zwischen ihm und dem Gläubiger geführten Rechtsstreite festgestellt ist, oder der Gläubiger die Zurücknahme genehmigt. Dagegen fehlt es an zureichenden Gründen zu der (positiven) Bestimmung, daß der die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung bestreitende Gläubiger die Zurücknahme zu genehmigen verpflichtet sei.

b) des Gläubigers auf Ausfolgung. Die Hinterlegung erfolgt für den Gläubiger. Hieraus ergiebt sich, daß der Gläubiger aus der unwiderruflichen Hinterlegung gegen die Hinterlegungsstelle Ansprüche erlangt auf Ausfolgung bezw., wo nach Landesgesetz der hinterlegte Gegenstand in das Eigenthum des Staates übergeht (§ 280, vergl. preuß. Hinterl. O. §§ 7 ff.), auf Auszahlung des entsprechenden Betrages. In dem Gesetzbuche ist diesfalls eine besondere Vorschrift nicht zu geben. Wie schon bemerkt, folgt daraus nicht, daß der Gläubiger, wofern nur das Zurücknahmerecht nicht besteht oder erloschen ist, in allen Fällen ohne Weiteres die Ausfolgung des Gegenstandes der Hinterlegung zu fordern berechtigt wäre. Es ist diesfalls der Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses maßgebend. Unzulässig wäre es jedoch, allgemein vorzuschreiben, daß der Schuldner bei der Hinterlegung wirksam erklären könnte, zur Ausfolgung an den Gläubiger sei seine Zustimmung erforderlich. Eine solche Erklärung würde unter Umständen, z. B. wenn der Schuldner bei einem einseitigen Schuldverhältnisse nur wegen Annahmeverzuges hinterlegt hätte, die Wirksamkeit der Hinterlegung beseitigen. — Auch über das durch die Hinterlegung zwischen dem Hinterlegenden und der Hinterlegungsstelle, bezw. dem Fiskus entstehende Rechtsverhältniß ist eine besondere Bestimmung in dem Gesetzbuche nicht erforderlich.

Wirkung α. der Zurücknahme, Die liberirende Wirkung einer rechtmäßigen Hinterlegung kann bei Ausübung des Zurücknahmerechtes augenscheinlich nicht fortbauern. Der Entwurf begnügt sich diesfalls mit der Bestimmung (§ 275), jene Wirkung zerfalle, oder, mit anderen Worten, die durch die Hinterlegung aufgehobene Schuldverpflichtung trete wieder in's Leben und zwar mit allen Akzessorien, insbesondere auch den pfandrechtlichen, sofern nicht eine Thatsache eingetreten ist, welche nach allgemeinen Grundsätzen mit der Fortdauer des Pfandrechtes (z. B. beim Faustpfande die Aufgabe des Pfandbesitzes, § 1191) sich nicht verträgt. Die juristische Konstruktion muß der Rechtswissenschaft überlassen werden. Dem Verhalten des Schuldners, welcher zurücknimmt, entspricht es auch, dem Wiederaufleben der Schuldverpflichtung dergestalt rückwirkende Kraft

beizulegen, daß die Hinterlegung als nicht geschehen gilt. Die Bestimmung des § 275 entspricht im Wesentlichen auch dem geltenden Rechte[1]).

In Ansehung der Frage, ob, wenn der hinterlegte Gegenstand dem zur Zurücknahme nicht befugten Schuldner zur Ungebühr wieder ausgefolgt würde, das alte Schuldverhältniß wieder auflebe, hielt man wegen der voraussichtlichen Seltenheit des Falles eine besondere Bestimmung nicht für nöthig.

Da die öffentliche Hinterlegung, so lange das Zurücknahmerecht des Schuldners besteht, die volle Wirkung der Befriedigung des Gläubigers nicht hat, so kann ein von der Befriedigung des Gläubigers abhängiges Recht erst geltend gemacht werden, wenn die Hinterlegung eine endgültige geworden ist. In dieser Richtung (§ 276) steht der wirklichen Befriedigung nur die unwiderrufliche Hinterlegung gleich. Dies gilt namentlich für gegenseitige Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeiten, z. B. auch in den Fällen der §§ 269, 271, wenn der Schuldner wegen Verweigerung der Quittung oder des Schuldscheines, bezw. um die Amortisationserklärung des Schuldscheines durch den Gläubiger zu erlangen, hinterlegt hat. Die Hinterlegung muß eine unwiderrufliche sein, damit der Schuldner jene Urkunden fordern kann. Der Satz gilt überhaupt für alle Fälle, in welchen ein Recht oder ein Anspruch von der Befriedigung des Gläubigers abhängt, sollte der Berechtigte oder Verpflichtete auch ein Dritter sein, z. B. von dem Anspruche auf Freigebung des Pfandes, des Bürgen. β. des Zurücknahmerechtes.

§ 277.

Es mag theoretisch und im Hinblicke auf die Vorschriften des Entwurfes über die Hinterlegung zu bezweifeln sein, ob die Anschauung gerechtfertigt ist, daß der Gegenstand der Hinterlegung nicht zur Konkursmasse des Schuldners, welcher vor der Konkurseröffnung hinterlegt hat, gehöre und dem Konkursverwalter wie dem Schuldner das Recht der Zurückziehung (§ 274) während des Konkurses zu versagen ist. Gründe der Zweckmäßigkeit und Billigkeit machen es jedenfalls nöthig, den Gegenstand der Hinterlegung dem Gläubiger zu sichern. Dies ist zunächst für den Fall einleuchtend, wenn dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung das Zurücknahmerecht nicht (mehr) zustand. Aber auch für den Fall, wenn dem Schuldner zu der genannten Zeit das Zurücknahmerecht noch zustand, empfiehlt sich die gleiche Bestimmung und die Ausschließung auch des Konkursverwalters von der Ausübung des Zurücknahmerechtes. Denn im Falle einer Unterscheidung würde die praktische Bedeutung und Wirkung der Hinterlegung, bei welcher nicht auf das Recht der Zurücknahme verzichtet worden, obwohl diese Hinterlegung als der Regelfall sich darstellt, dergestalt abgeschwächt, daß sie als eine den Schuldner befreiende Rechtshandlung kaum noch bezeichnet werden könnte. Auch diesfalls also darf Konkurs des Schuldners.

[1]) S. Eccius I § 92 Anm. 12; code civil Art. 1261; sächs. G. B. § 758; schweiz. Bd. Ges. Art. 109; heff. Entw. Art. 305, bayr. Entw. Art. 179, dresd. Entw. Art. 360.

der hinterlegte Gegenstand nicht zur Konkursmasse gezogen werden. Allerdings ist die Ausübung des Zurücknahmerechtes dem Schuldner nur für die Dauer des Konkurses versagt. Die Frage, ob ihm nach Beendigung des Konkurses das Zurücknahmerecht noch zusteht, hängt aber davon ab, ob der Schuldner auf das Recht verzichtet oder dasselbe zufolge Feststellung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung (§ 274 Abs. 2 Nr. 2, 3) verloren hat. Durch eine Annahmeerklärung des Gläubigers, abgegeben nur im Konkurse, nicht der Hinterlegungsstelle gegenüber, ginge das Zurücknahmerecht des Schuldners nicht verloren.

Die Vorschriften über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners (Konk. O. §§ 22 ff.) werden durch § 277 nicht berührt.

§ 278.

Verkaufsrecht des Schuldners. α. Voraussetzungen;

Bezüglich des geltenden Rechtes s. zu §§ 272, 273. Der Entwurf gewährt das Verkaufsrecht behufs der öffentlichen Hinterlegung des Erlöses in allen Fällen, in welchen der Leistungsgegenstand nicht zur öffentlichen Hinterlegung sich eignet, also, sofern das partikuläre Recht die Hinterlegung über Geld und Werthpapiere nicht ausdehnt (§§ 272, 280), für alle Fälle, in welchen der Schuldner nicht Geld oder Werthpapiere zu leisten hat, jedoch nur bei beweglichen Sachen. Der Schuldner einer nach §§ 272, 280 nicht hinterlegungsfähigen beweglichen Sache kann dieselbe ohne weitere Voraussetzung auf die in § 278 bezeichnete Weise öffentlich verkaufen, wenn der Gläubiger im Annahmeverzuge sich befindet (§ 272 Nr. 1, vergl. H. G. B. Art. 343). Dagegen kann der Schuldner einer solchen Sache, wenn einer der in § 272 Nr. 2 bezeichneten Hinterlegungsgründe vorliegt, die Sache nur verkaufen lassen unter der Voraussetzung, wenn entweder der Verderb der Sache zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist. Die Beilegung eines unbegrenzten Verkaufsrechtes für alle Hinterlegungsgründe wäre im Hinblicke darauf, wie oft die Voraussetzungen des § 272 Nr. 2 bei völliger Schuldlosigkeit des Gläubigers vorliegen werden, und wie weit der Kreis der Schuldverhältnisse gezogen erscheint, in denen das Veräußerungsrecht wirksam zu werden vermag, sowie auf die Erfahrung, daß die Versteigerung an vielen Orten nur einen ungünstigen Erfolg zu liefern pflegt, höchst bedenklich. Die Verkaufsbefugniß steht auch in solcher Unbeschränktheit dem Schuldner wohl kaum nach einer der geltenden Kodifikationen zu; dem gemeinen Rechte dürfte die in dem Entwurfe aufgestellte Beschränkung gleichfalls entsprechen.

Der Verkauf geschieht für Rechnung des Gläubigers und hat im Wege der öffentlichen Versteigerung stattzufinden, „wenn thunlich", nach vorgängiger Androhung an den Gläubiger, welche der Schuldner nach § 75 bewerkstelligen kann. Die Zustellung in Gemäßheit des § 76 jedoch wird, wie im Falle der Benachrichtigung des Gläubigers von der Hinterlegung (§ 273), kaum einmal als eine thunliche im Sinne des Gesetzes zu betrachten sein. Unterbleiben kann die Androhung ohne Präjudiz für den Schuldner, wenn, was der Schuldner zu beweisen hat, Gefahr deshalb im Verzuge ist, weil die Sache

dem Verderbe ausgesetzt und letzterer zu befürchten ist (§ 278 Abs. 1 Satz 3, H. G. B. Art. 343 Abs. 2). Falls die erforderliche und thunliche Androhung unterlassen wird, so hat der Verkauf resp. die darauf folgende Hinterlegung die Wirkung der Schuldbefreiung nicht (§ 278 Abs. 1 Satz 2). Der Verkauf muß ferner geschehen durch einen für den Leistungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten sonstigen Beamten (z. B. einen Notar) oder einen öffentlich angestellten Auktionator (§ 36 der Gew. O.). Die Vorschrift des § 278 setzt also voraus, daß in den Bundesstaaten die Gerichtsvollzieher für die Vornahme von derlei Versteigerungen zuständig oder daß wenigstens öffentlich angestellte Personen der bezeichneten anderen Kategorieen vorhanden sind. Nicht wesentlich ist die Vornahme der Versteigerung am Erfüllungsorte. Häufig eignet sich dieser Ort zu Versteigerungen in keiner Weise. Es genügt, daß der zur Versteigerung Befugte, welcher für den Erfüllungsort angestellt ist, außerhalb des Bezirkes, für welchen er angestellt ist, nicht versteigern darf. Die Zulässigkeit der Versteigerung setzt keinerlei gerichtliche Mitwirkung voraus; dem Gläubiger bleibt es überlassen, einen begründeten Widerspruch gegen den Verkauf besonders geltend zu machen. Der Auftrag zu dem Verkaufe geht unmittelbar vom Schuldner aus. Die Vorschriften der §§ 469, 468 finden zutreffendenfalls hier Anwendung.

β. Hinterlegung des Erlöses.

Der Erlös ist öffentlich zu hinterlegen. Durch die Versteigerung wird der Schuldner nach dem Entwurfe von seiner Verpflichtung noch nicht dergestalt befreit, daß an Stelle der letzteren die Verpflichtung zur Deponirung des Erlöses träte; vielmehr gehört zur Tilgung der bisherigen Schuldverpflichtung auch die öffentliche Hinterlegung des Versteigerungserlöses (§§ 272, 278).

Die Einhaltung der dem Schuldner durch die Vorschrift des zweiten Absatzes auferlegten Verpflichtung (vergl. H. G. B. Art. 343 Abs. 3) ist keine wesentliche für die Gültigkeit oder Wirksamkeit des Verkaufes. Aus der Unterlassung entspringt lediglich Schadensersatzpflicht.

§ 279.

Kosten der Hinterlegung und des Verkaufes.

Zu vergleichen sind die im Wesentlichen übereinstimmenden Vorschriften des geltenden Rechtes[1]).

Die Haftung für die Kosten der Aufbewahrung der geschuldeten Sache, insbesondere, wenn dieselbe nicht hinterlegungsfähig oder der Verkauf nach § 278 nicht statthaft wäre, bestimmt sich nach den allgemeinen (vergl. z. B. § 261) oder den für das konkrete Schuldverhältniß maßgebenden speziellen Rechtsgrundsätzen und den Umständen des Falles. Die Anwendung dieser Grundsätze für den Fall, daß die Sache nicht hinterlegungsfähig und der Verkauf unzulässig ist, durch eine positive Vorschrift auszuschließen, um den Schuldner in einem solchen Falle in eine ähnliche günstige Lage zu versetzen, in welcher er sich befindet, wenn die öffentliche Hinterlegung zulässig und erfolgt ist, wäre schon

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 § 230, I, 17 § 158; österr. G. B. § 1425; code civil Art. 1260; sächs. G. B. § 760; schweiz. Bd. Ges. Art. 107; hess. Entw. Art. 306; bayr. Entw. Art. 180; dresd. Entw. Art. 361; H. G. B. Art. 343 Abs. 2.

aus dem Grunde nicht gerechtfertigt, weil immer ungewiß bliebe, ob bei Zulässigkeit der öffentlichen Hinterlegung diese auch erfolgt sein würde.

§ 280.

Landesgesetze.

Siehe zu §§ 272, S. 88 f. Die Vorschrift des § 280 ist in den Entwurf selbst, nicht in das Einführungsgesetz aufgenommen, weil sie zum Verständnisse der Vorschriften über die öffentliche Hinterlegung unmittelbar nöthig ist.

Die Landesgesetze sind in Ansehung der Einsetzung der Hinterlegungsstellen nicht beschränkt. Wenn nach dem Landesgesetze neben den ordentlichen Hinterlegungsstellen für dringliche Fälle besondere Hinterlegungsstellen bestimmt werden, so kann das Landesgesetz zweifellos den letzteren auch die Prüfung, ob ein dringlicher Fall vorliegt, übertragen (vergl. preuß. Hinterl. O. §§ 70 ff.). Durch die Bestimmung in Abs. 2 ist den Landesgesetzen nur nachgelassen, auch andere (bewegliche) Sachen, als Geld und Werthpapiere (z. B. preuß. Hinterl. O. §§ 1, 36) für hinterlegungsfähig, sowie die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 272 auf Schuldverhältnisse, welche derlei andere Sachen betreffen, zu erklären. Dagegen sind die Gründe, aus welchen die Hinterlegung mit befreiender Wirkung zulässig ist, ohne die Möglichkeit einer Erweiterung durch die Vorschrift des § 272 reichsgesetzlich bestimmt.

Zu Abs. 3 vergl. § 200 und preuß. Hinterl. O. §§ 7 ff., 19, 22, 23, 25 ff., 53 ff.

III. Aufrechnung.

III. Aufrechnung.

§§ 281—283.

Der Entwurf regelt nur das gesetzliche Recht zur Aufrechnung. Mit der vertragsmäßigen Kompensation (comp. voluntaria) hat sich das Gesetzbuch nicht zu befassen. Der § 281 stellt die Voraussetzungen fest, unter welchen aufgerechnet werden kann, § 282 normirt die Art und Weise, wie die Aufrechnung erfolgt, § 283 die Wirkung der erfolgten Aufrechnung.

a) Voraussetzungen:

In Ansehung der Voraussetzungen verlangt der Entwurf § 281, in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[1]), das Bestehen der zur Aufrechnung zu bringenden Forderungen zwischen denselben Personen, ferner die Gleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche in Betreff des Leistungsgegenstandes, wonach die Kompensation Vertretbarkeit der Leistungen im weiteren Sinne erfordert, und die Fälligkeit der beiden Forderungen in dem Sinne, daß der Aufrechnende die ihm gebührende Leistung muß fordern können und die ihm obliegende Leistung zu bewirken befugt ist (§§ 158, 231). Der Schuldner einer befristeten Forderung kann hiernach insbesondere gegen die letztere eine eigene

α. Fälligkeit der Forderungen,

---

[1]) Windscheid II §§ 348, 350; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 300, 302, 342, 343, 344, 345, 371; österr. G. B. §§ 1438—1441; code civil Art. 1289, 1291; sächs. G. B. §§ 988—990, 997; schweiz. Bd. Ges. Art. 131; hess. Entw. Art. 307, 310, 314, 315, bayr. Entw. Art. 181, dresd. Entw. Art. 362.

fällige Forderung auch vor dem Eintritte des dies aufrechnen, wenn die Frist gemäß der Auslegungsregel des § 231 Abs. 2 zu seinem Vortheile gesetzt ist. Eine aus bloßer Nachsicht (humanitatis gratia, par grâce) gewährte Zahlungsfrist hebt oder schiebt die Kompensationsbefugniß für keinen Theil auf. Dies im Gesetze auszusprechen ist überflüssig[1]). Durch das in § 281 enthaltene Requisit, wonach die Forderung, welche der Schuldner zur Aufrechnung benutzen will, ihm gegen seinen Gläubiger, dessen Forderung er durch die Aufrechnung zum Erlöschen β. Gegenseitigkeit, bringen will, zustehen muß, ist die Frage, ob ein Dritter, welcher für den Schuldner wirksam erfüllen kann, befugt ist, die fremde Schuld mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung zu kompensiren, nicht unbedingt verneint. Bei ihrer Beantwortung kommen wesentlich die Vorschrift des § 227 und die für gewisse Rechtsverhältnisse gegebenen besonderen Vorschriften in Betracht. In Ansehung des Requisites der Gleichartigkeit des beiderseitigen γ. Gleichartigkeit, Leistungsgegenstandes genügt es, wenn dasselbe zur Zeit der Aufrechnung vorhanden ist, z. B. in Folge der Umwandlung der ursprünglichen Forderung in eine Schadensersatzforderung (Entsch. des vorm. R. O. H. G. VII Nr. 20). Eine Abweichung vom Prinzipe der Gleichartigkeit enthält die Vorschrift des § 285. Gleichgültig ist, abgesehen von der Vorschrift des § 287, ob die beiderseitigen Forderungen auf demselben oder auf verschiedenem Rechtsgrunde beruhen (preuß. A. L. R. I, 16 § 346, code civil Art. 1293, hess. Entw. Art. 309, bayr. Entw. Art. 181). Die nach dem bestehenden Rechte geltenden Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung, welche auf einer Rücksichtnahme auf den Rechtsgrund gewisser Forderungen, auf den spezifischen Zweck und Karakter des betreffenden Schuldverhältnisses, beruhen, hat der Entwurf nicht aufgenommen; insbesondere nicht den Ausschluß oder die Beschränkung der Kompensation bei dem Hinterlegungsvertrage, bei der Gebrauchsleihe und beim Mandat, soweit nicht die Verpflichtung zur Herausgabe bestimmter Gegenstände der Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen entgegensteht oder § 287 eingreift. Durch letztere Vorschrift ist das Bedürfniß zur Genüge gedeckt. Hierdurch ist die Prüfung der Frage in concreto nicht ausgeschlossen, ob nach dem Karakter eines bestimmten Rechtsinstitutes oder Rechtsverhältnisses und im Sinne der Begründung des kritischen Schuldverhältnisses die Baarzahlung wesentlich, die Aufrechnung also ausgeschlossen sein soll[2]).

Zu der Frage, ob die Liquidität, oder die verhältnißmäßig rasche δ. Liquidität. Liquidirbarkeit der zur Aufrechnung gestellten Forderung ein Requisit des Kompensationsrechtes sei, nimmt das geltende Recht verschiedene Stellung ein (preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 359—362, österr. G. B. § 1438, code civil Art. 1291, bayr. Entw. Art. 185). Nach gemeinem Rechte (l. 14 § 1 Cod. de comp. 4, 31) ist bekanntlich streitig, ob die Liquidität ein materielles Erforderniß oder nur ein prozessuales Requisit ist[3]). Die Vorschriften des preuß. A. L. R. enthalten

---

[1]) Windscheid § 350 Nr. 3; code civil Art. 1297; hess. Entw. Art. 315, bayr. Entw. Art. 189, dresd. Entw. Art. 363.

[2]) Vergl. § 724 Abs. 3, § 1339 Abs. 3, § 1458 Abs. 2.

[3]) Windscheid § 350 Nr. 5, Entsch. des R. G. in Civils. XV Nr. 99 (nur prozessuale Vorschrift).

nicht materielles Recht, sondern betreffen nur die prozessuale Behandlung der Kompensation[1]). Nach dem franz. Rechte dagegen ist die Liquidität ein materielles Erforderniß für die ipso jure eintretende Kompensation[2]). Der Entwurf schweigt von der Liquidität, womit dieselbe als materielles Erforderniß verneint ist, unbeschadet der Vorschriften der C. P. O. (§§ 136, 274, 491).

Forderungen, welchen Einreden entgegenstehen.

Eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden (§ 281 Abs. 2). Dies gilt vor Allem von der Einrede der Verjährung (§ 182), wie von den peremtorischen Einreden überhaupt. Eine Forderung, welcher eine derartige Einrede entgegensteht, repräsentirt keinen Werth, mit welchem der Gläubiger befriedigt werden kann (vergl. auch § 737 Abs. 2). Die Vorschrift des Entwurfes begreift aber auch die dilatorischen Einreden in sich, durch welche nicht die Fälligkeit hinausgeschoben ist, aber eine Einrede der sofortigen Geltendmachung der Forderung entgegensteht. In Ansehung dieser Einreden ist mindestens nicht zweifellos, ob sie durch das in Abs. 1 aufgestellte Requisit der Fälligkeit derjenigen Forderung, welche zur Aufrechnung benutzt werden soll, getroffen werden. Sie werden also jedenfalls durch den Abs. 2 gedeckt.

Naturalobligation.

Die Frage, ob eine Naturalobligation zur Aufrechnung verwendet werden könne, ist für den Entwurf, welcher keine Naturalobligationen kennt, ohne Bedeutung. Wenn ausnahmsweise gewissen Vorgängen abgeschwächte rechtliche Wirkungen beigelegt werden, so ist die Aufrechnung ausgeschlossen. Letztere setzt nach den Prinzipien des Entwurfes die rechtliche Erzwingbarkeit der Forderung, welche zur Aufrechnung gebracht werden soll, voraus[3]).

b) Aufrechnungserklärung;

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung vorhanden, so hat jeder Theil das Recht, mit seiner Forderung gegen die Forderung des anderen Theiles aufzurechnen. Dieses Recht verwirklicht er durch die von ihm, im Prozesse oder außerprozessualisch, dem anderen Theile gegenüber abgegebene Willenserklärung, daß er seine Forderung gegen diejenige des Anderen aufrechne (§§ 281, 282). Durch diese einseitige, in ihrer Wirkung von der Annahme des anderen Theiles unabhängige Willenserklärung bringt der Erklärende die sich gegenüberstehenden Forderungen in dem sich deckenden Betrage zum Erlöschen (§§ 282, 283). Die Aufrechnung ist hiernach ein einseitiges Rechtsgeschäft des Aufrechnenden, welches in seiner Wirksamkeit davon abhängig ist, daß es dem Betheiligten gegenüber vorgenommen wird (§§ 74 ff., §§ 64 ff.). Daneben versteht sich, daß der Aufrechnende auch in concreto verfügungsberechtigt sein muß, wonach sich z. B. an der Hand des zwischen Eheleuten bestehenden ehelichen Güterrechtes die Frage beantwortet, ob der Ehemann, bezw. die Ehefrau eine der letzteren zustehende Forderung zur Aufrechnung bringen kann. Hieraus ergiebt sich auch, daß z. B. der Bürge nicht mit einer dem Hauptschuldner zustehenden Gegenforderung gegenüber dem Gläubiger,

---

[1]) Eccius I § 94 S. 600; Entsch. des R. G. in Civils. XII Nr. 62, XV Nr. 99.

[2]) Code civil Art. 1290, 1291; Entsch. des R. G. in Civils. XII Nr. 83 XVI Nr. 93.

[3]) S. Entsch. des R. G. in Civils. I Nr. 53 S. 129. Vergl. § 182 Abs. 2, §§ 664, 665.

welcher ihn aus der Bürgschaft in Anspruch nimmt, kompensiren kann. Der Bürge würde hiermit über fremdes Vermögen verfügen (vergl. §§ 330, 331).

Der Entwurf folgt, indem er die Aufrechnung, bezw. deren Wirkung von der Willenserklärung dessen, welcher sich hierauf beruft, abhängig macht, durchaus dem geltenden Rechte[1]). Der Wille des Betheiligten entscheidet überall, selbst nach denjenigen Rechten, welche auf dem Standpunkte der strengen ipso jure Wirkung der Kompensation stehen (vergl. code civil Art. 1290). Nur dadurch unterscheidet sich der Entwurf zu einem Theile von der bestehenden Gesetzgebung, daß nicht prozessualische Geltendmachung der Aufrechnung im Wege der Einrede erforderlich ist. Es genügt vielmehr, wie bemerkt, die einseitige, auch außergerichtliche Willenserklärung des Aufrechnenden, um die Aufrechnung mit ihren Wirkungen in das Leben zu rufen. Diese treten, das Vorhandensein der Requisite (§ 281) vorausgesetzt, mit seiner Erklärung und durch seine Erklärung ein. Im Streitfalle hat demgemäß der Richter nur zu prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen der Kompensation vorliegen, und ist sein die Klage abweisendes Urtheil lediglich deklaratorisch. Das Vorhandensein der Voraussetzungen der Aufrechnung hat der Theil, welcher sie geltend macht, zu beweisen, gerade wie derjenige, welcher Zahlung behauptet, solche beweisen zu müssen in der Lage ist. Wer kompensirt, macht nur von dem Rechte der Kompensation Gebrauch und bringt hierdurch die beiderseitigen Forderungen ipso jure zum Erlöschen. Die Kompensationslage erzeugt also keine Einrede im materiellen Sinne, die vollzogene Kompensation erzeugt, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, daß der Gläubiger befriedigt sei. Vor erfolgter Aufrechnung stehen sich die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage völlig unberührt gegenüber.

Mit dieser Behandlung der Aufrechnung betritt der Entwurf keinen ganz neuen Weg, sondern folgt der neueren Entwickelung der gemeinrechtlichen Anschauung, sowie dem Vorgange neuerer Gesetze (sächs. G. B. §§ 988, 992, schweiz. Bd. Ges. Art. 131, 138, bayr. Entw. Art. 181, 182, dresd. Entw. Art. 362, 372)[2]). Es hängt lediglich von dem Willen des betreffenden Schuldners ab, ob er von der gesetzlichen Befugniß, die Befriedigung seines Gläubigers durch Aufrechnung herbeizuführen, Gebrauch machen will. Nichts steht einem Verzichte auf die Befugniß, zu kompensiren, im Wege; selbstverständlich kann ein solcher Verzicht sofort bei Begründung der Schuld oder später, nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erfolgen. Es erscheint überflüssig, dies im Gesetze auszusprechen. Bedenklich aber wäre, nach dem Vorgange einiger Gesetze (sächs. G. B. § 996, schweiz. Bd. Ges. Art. 139) Interpretationsregeln hierfür aufzustellen[3]). — Darüber, ob und inwieweit

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 § 300, Eccius I § 94 S. 600 f., Dernburg II § 103; code civil Nr. 1290, Zachariä II § 327 Anm. 3a; Entsch. des R. G. in Civils. XVI Nr. 93; hess. Entw. Art. 308 Abs. 2, Art. 318 Abs. 2.

[2]) Vergl. § 162 Abs. 3, § 746 Abs. 2, Mot. zur Konk. O. § 46 S. 229, Entsch. des vorm. R. O. H. G. XIX Nr. 23, des R. G. in Civils. VII Nr. 70.

[3]) Vergl. Windscheid § 350 Note 29, Zachariä § 329 A. 1, preuß. A. L. R. I, 16 § 372, Entsch. des vorm. R. O. H. G. IV Nr. 8.

diese Gestaltung der Aufrechnung eine Aenderung gewisser Vorschriften der C. P. O. nöthig macht, ist im Einführungsgesetze zu befinden.

Die Aufrechnungserklärung verträgt ihrem juristischen Wesen nach keine bedingte, befristete; Bedingung oder Zeitbestimmung; eine bedingte oder betagte Aufrechnungserklärung wäre rechtlich wirkungslos, demgemäß so anzusehen, als ob überhaupt keine Erklärung erfolgt wäre (§ 282 Abs. 2). Die Aufrechnung bewirkt eine durch eine gesetzlich zulässige Art der Befriedigung des Gläubigers eintretende Erlöschung der Forderung. So gewiß aber der Gläubiger eine bedingte oder betagte Zahlung ablehnen kann, so wenig braucht er sich eine bedingte oder betagte Aufrechnung gefallen zu lassen. In der Zulassung einer solchen Aufrechnung läge eine weder durch den Zweck der Kompensation noch durch ein sonstiges Verkehrsbedürfniß gerechtfertigte Begünstigung der Kompensation vor der Zahlung. Nicht zu verwechseln mit einer bedingten oder betagten Kompensation ist der Fall, wenn der Schuldner im Prozesse den Anspruch eventuelle. zunächst aus anderen Gründen bekämpft und nur event. Aufrechnung geltend macht. Solchenfalls liegt in der That eine unbedingte und unbetagte Kompensationserklärung vor, welche wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung zerfällt, wenn der Richter den eingeklagten Anspruch aus anderen Gründen für ungerechtfertigt erklärt. Die Unzulässigkeit der Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung in Ansehung der Aufrechnungserklärung im Gesetze selbst auszusprechen, hielt man für nöthig, weil in Ermangelung einer solchen Bestimmung bezüglich der Aufrechnung die Auslegung nicht ausgeschlossen wäre, nach den allgemeinen für die Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätzen sei die Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung statthaft.

c) Wirkung: Erlöschen Die Wirkung der Aufrechnung besteht, wie bemerkt, darin, daß die beiderseitigen Forderungen erlöschen. Der Aufrechnende zwingt, indem er von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch macht, dem anderen Theile eine gesetzlich statthafte Befriedigung auf und befriedigt sich selbst hiermit gleichzeitig. Die beiderseitigen Forderungen erlöschen „in dem sich deckenden Betrage" (§ 283). Hiermit ist auch ausgedrückt, daß das Recht des Gläubigers, eine Theilleistung zurückzuweisen (§ 228), der Theilaufrechnung nicht entgegensteht. In dieser Beziehung ist die Befriedigung mittels Aufrechnung günstiger gestellt, als die Erfüllung (Zahlung). Dies entspricht dem geltenden Rechte, und hieran muß festgehalten werden, weil sonst das Recht der Kompensation einen großen Theil seines praktischen Werthes verlieren würde[1]).

mit rückwirkender Kraft. Wenn der Entwurf nicht der Theorie der ipso jure Wirkung der Kompensation folgt, so knüpft er doch die Wirkung der Aufrechnung zeitlich nicht an die Aufrechnungserklärung. Vielmehr ist letzterer rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt beigelegt, in welchem die beiderseitigen Forderungen als zur Aufrechnung geeignet sich gegenübergetreten sind (§ 283). Nicht zu verkennen

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 § 301; österr. G. B. § 1438; code civil Art. 1290; sächs. G. B. §§ 988, 992; schweiz. Bd. Ges. Art. 138; hess. Entw. Art. 318, 321, bayr. Entw. Art. 321, dresd. Entw. Art. 372.

ist allerdings, daß durch die Verneinung der rückwirkenden Kraft klares und einfaches Recht geschaffen würde und daß diese Verneinung auch mit der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung, wonach sich beide Forderungen bis zur Aufrechnungserklärung des einen oder anderen Theiles unabhängig und unbeeinflußt von einander gegenüberstehen, eher im Einklange stände. Denn nicht ohne Grund kann gesagt werden, daß mit der Aufstellung der rückwirkenden Kraft im Wesentlichen doch anerkannt werde, daß schon von dem Zeitpunkte an, wo die Forderungen sich kompensationsfähig gegenübertreten, die eine von der anderen beeinflußt sei, und daß die Verlegung der Tilgung in die Vergangenheit bei Festhaltung der erwähnten Auffassung nur im Wege positiver Satzung durch eine juristische Fiktion möglich sei. Wenn der Entwurf dennoch zur Aufstellung dieser Fiktion sich verstand, so war hierfür einmal die Rücksicht maßgebend, daß durch die zeitliche Bindung der Wirkung der Kompensation an die Kompensationserklärung der praktische Werth des Rechtsinstitutes der Kompensation verkümmert würde, indem eine solche Normirung namentlich zur Folge hätte, daß sowohl die Verzinslichkeit, als die mora sowie das Verfallen einer Strafe sich ausschließlich nach der Zeit der Kompensationserklärung beurtheilten. Ganz bedenklich aber wäre, daß zu jener Normirung die Vorschriften der Konk. O. über die Kompensation im Konkurse (§§ 46 ff., Mot. z. Konk. O. S. 229 f.) nicht passen würden. Die Annahme des Prinzipes, daß die vollzogene Aufrechnung erst von der Aufrechnungserklärung an wirke, nöthigte, um den Anforderungen des praktischen Lebens und des Verkehres zu genügen und mit dem geltenden Rechte im Einklange zu bleiben, unabweislich, den gedachten Uebelständen durch eine größere oder geringere Zahl von positiven Bestimmungen zu begegnen. Damit gingen aber die Hauptvorzüge des durch seine Einfachheit und Klarheit allerdings bestechenden Prinzipes verloren. Um allen diesen Mißständen vorzubeugen, bleibt in der That nur die Aufstellung der erwähnten Fiktion übrig. Auf denselben Weg wurden auch die modernen Kodifikationen, soweit sie nicht auf dem Boden der strengen ipso jure Wirkung stehen, durch das Bedürfniß gedrängt.

Nach dem Prinzipe des Entwurfes, daß die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage nicht berührt werden und es lediglich im Ermessen des einen oder anderen Gläubigers steht, ob er von dem für ihn begründeten Rechte, aufzurechnen und hierdurch die beiderseitigen Forderungen zu tilgen, Gebrauch machen will, beantwortet sich zugleich an der Hand allgemeiner Kondiktionsgrundsätze (§§ 737 ff.), die Frage, ob demjenigen Schuldner, welcher in Unkenntniß seiner Gegenforderung gezahlt hat, die condictio indebiti auf das Geleistete zu dem Zwecke zusteht, um nachträglich aufrechnen zu können. Sie wird vom Standpunkte des Entwurfes aus zu verneinen sein. Von selbst versteht sich, daß dem früheren Schuldner, welcher nach vollzogener Aufrechnung leistet, die Kondiktion des Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 737 ff. zusteht, und daß z. B. auch der Bürge auf die durch die Aufrechnung bewirkte Befriedigung des Gläubigers sich zu berufen berechtigt ist[1]).

---

[1]) §§ 668 Abs. 1, 672 Abs. 1; vergl. §§ 1083, 1084, 1092; 1145, 1160, 1192.

Replica compensationis.

Eine andere, in Theorie und Praxis viel erörterte Frage, diejenige der Zulässigkeit der replica compensationis[1]), kann nach dem Entwurfe nicht zweifelhaft sein. Durch die Aufrechnungserklärung bringt der erklärende Theil die sich gegenüberstehenden Forderungen unmittelbar zum Erlöschen. Der andere Theil kann jene Replik nur insofern geltend machen, als er sich darauf beruft, daß ein entgegenstehender Kompensationsvertrag vorliege, oder daß er seinerseits zuvor durch Aufrechnung einer anderen ihm zustehenden Forderung gegen die vom Gegner zur Aufrechnung verwendete Forderung diese getilgt habe.

§ 284.

Besondere Fälle: a) Mehrere Schuldposten. α. Anrechnung nach Bestimmung des Aufrechnenden;

Hat der eine oder andere Gläubiger mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so giebt der Entwurf dem aufrechnenden Gläubiger das Recht der Wahl unter den Forderungen, welche durch die Aufrechnung erlöschen sollen. Hierbei ist der Aufrechnende, die Kompensationslage rücksichtlich sämmtlicher Forderungen vorausgesetzt, ganz frei. Insbesondere ist er nach dem Entwurfe, welcher sowohl die strenge ipso jure Wirkung wie das Prinzip exzeptionsmäßiger Affizirung der sich gegenüberstehenden Forderungen verwirft, bei Ausübung der Wahl nicht gehindert, später entstandene Forderungen vor den älteren zur Aufrechnung zu bringen. Die Beilegung dieses Bestimmungsrechtes an den Aufrechnenden entspricht der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht und, abgesehen vom preußischen Rechte, welches zufolge der Verweisung auf die Vorschriften über die Anrechnung einer unzulänglichen Zahlung auf mehrere Schuldposten eine Vereinbarung zwischen dem Aufrechnenden und dem anderen Theile voraussetzt (A. L. R. I, 16 § 375, s. zu § 267) und dem code civil (Art. 1297, vergl. Zachariä § 328 A. 3a), dem sonst geltenden Rechte[2]). Die Wahl des Aufrechnenden ist ein Bestandtheil der Aufrechnungserklärung; sie muß auch dem anderen Theile erklärt sein. Sie ist aber keineswegs ein essentieller Bestandtheil der Kompensationserklärung in dem Sinne, daß, wenn die Wahl nicht erklärt ist, nun die Aufrechnungserklärung selbst nicht wirksam, die Aufrechnung als nicht geschehen anzusehen wäre. Die Aufrechnung ist vielmehr dessen ungeachtet vollzogen, und es tritt, falls die zur Aufrechnung verwendeten Forderungen zur Tilgung der Gegenforderungen nicht hinreichen, die im § 284 aufgestellte Gesetzesvorschrift in Kraft, wie jene auf die letzteren anzurechnen sei. Mit der Verweisung auf die einschlägigen Vorschriften des § 267 Abs. 2 über die Anrechnung einer unzulänglichen Zahlung auf mehrere Schuldposten folgt der Entwurf wiederum im Wesentlichen dem geltenden Rechte. Der Entwurf stellt also auch in dieser Beziehung die Aufrechnung der Zahlung gleich; wie bei der Zahlung die

β. subsidiäre Vorschrift.

---

[1]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XII Nr. 95, XIX Nr. 23, des R. G. in Civils. VII Nr. 70 (XIII Nr. 43 S. 175).

[2]) Sächs. G. B. §§ 993; schweiz. Bd. Ges., vergl. Schneider und Fick S. 127 Abs. 3 zu Art. 138; hess. Entw. Art. 319, bayr. Entw. Art. 184, dresd. Entw. Art. 374.

Willenserklärung des Schuldners, so wird hier diejenige des Aufrechnenden im Wege der Auslegung ergänzt.

Anlangend den Fall, wenn der die Aufrechnung erklärende Gläubiger Kapital, Zinsen und Kosten schuldet, ohne sich darüber zu erklären, wie abzurechnen sei, so hat zweifellos die Anrechnung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen, in letzter Reihe auf das Kapital zu erfolgen. Bei der wesentlichen Gleichstellung der Aufrechnung mit der Zahlung ergiebt sich dies ohne Weiteres aus dem Grundsatze, welcher für den Fall der Zahlung aufgestellt ist (§ 268). Eine besondere Vorschrift erschien diesfalls nicht erforderlich. Eine entgegenstehende Bestimmung des aufrechnenden Gläubigers, daß die Gegenforderung zunächst auf die Hauptschuld oder vor den Kosten auf die Zinsen abzurechnen sei, wäre auch keineswegs wirkungslos (s. sächs. G. B. §§ 993, 977 Satz 2, bayr. Entw. Art. 184, 169 Abs. 2). Muß sich der Gläubiger Theilaufrechnung gefallen lassen (§ 283), so ist es nur folgerichtig, daß der Aufrechnende bei der Aufrechnung eine solche Bestimmung mit rechtlicher Wirkung treffen kann (hess. Entw. und dresd. Entw. a. a. O.).

§ 285.

b) Verschiedenheit des Leistungsortes.

Die in § 285 enthaltene Abweichung von dem strengen Prinzipe der Gleichartigkeit der gegen einander aufzurechnenden Forderungen entspricht einem beachtlichen Verkehrsbedürfnisse und ist geltendes Recht[1]). Zu enge bezeichnen das sächs. G. B. und die neueren Entwürfe als das dem Gläubiger, welchem gegenüber aufgerechnet wird, zu ersetzende Interesse nur dasjenige, welches er daran hat, daß er nicht am bestimmten Erfüllungsorte empfängt. Auch sein Interesse daran, daß er zufolge der Aufrechnung nicht an dem für ihn bestimmten Orte erfüllen kann, muß ihm ersetzt werden (A. L. R. I, 16 §§ 350, 351).

§ 286.

c) Drittschuldner im Falle der Beschlagnahme.

Bei einer auf ein Aktivum sich beziehenden richterlichen Beschlagnahme ist mit dem an den Gläubiger sich wendenden Veräußerungs- und Einziehungsverbote immer zugleich das an den Drittschuldner gerichtete Erfüllungsverbot verbunden. Auf letzteres legt die C. P. O. §§ 730, 810, 815 den Hauptnachdruck. Das Erfüllungsverbot trifft auch die Befugniß des Drittschuldners zur Aufrechnungserklärung. Streng genommen verliert somit der Drittschuldner mit der Zustellung des Erfüllungsverbotes das Kompensationsrecht zu Gunsten desjenigen, für welchen die Beschlagnahme erfolgt ist. Soweit zu gehen (hess. Entw. Art. 317, bayr. Entw. Art. 186), verbietet jedoch die auf das Interesse des Drittschuldners zu nehmende Rücksicht. Derselbe befindet sich in ähnlicher Lage, wie der Zessionar. Während jedoch in der Stellung des

---

1) Windscheid § 350 Nr. 3; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 346, 350, 351; sächs. G. B. § 990; hess. Entw. Art. 315, bayr. Entw. Art. 190, dresd. Entw. Art. 366; code civil Art. 1296. Entsch. des R. G. in Civils. XI Nr. 68 S. 303.

Schuldners zum Zessionar in Ansehung der Zulässigkeit der Aufrechnung mit Forderungen gegen den Zedenten die Zeit entscheidend ist, in welcher der Schuldner (debitor cessus) von der Zession Kenntniß erhält (§ 303), muß hier maßgebend sein die Zeit, zu welcher dem Drittschuldner das Erfüllungsverbot zugestellt wird. Damit ist die Beschlagnahme erfolgt. Darüber hinaus dem Drittschuldner die Aufrechnung noch mit Gegenforderungen zu gestatten, welche er in der Zeit von der Beschlagnahme bis zur wirklich erlangten Kenntniß von der letzteren (z. B. im Falle einer Ersatzzustellung oder des Eintrittes eines Erbfalles) erworben[1]), stände mit der C. P. O. im Widerspruch, nach welcher die Zustellung des Erfüllungsverbotes von entscheidender Bedeutung ist. Ist ordnungsmäßig zugestellt, so kann die Nichtkenntniß des Drittschuldners nicht weiter in Betracht kommen. Daß das Erfüllungsverbot zugestellt sein muß, wird aber dadurch klar, daß nach dem Prozeßrechte die Beschlagnahme erst durch jene Zustellung zur Existenz gelangt. Die Aufrechnung des Drittschuldners mit einer von ihm erst nach der Beschlagnahme gegen seinen Gläubiger erworbenen Forderung ist hiernach demjenigen gegenüber, für welchen die Beschlagnahme erfolgt ist, unwirksam.

§ 287.

d) Deliktsforderungen. Die bekannte Vorschrift des römischen Rechtes (l. 14 § 2 Cod. de comp. 4, 31), durch welche die Kompensation gegenüber der Forderung aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes für unzulässig erklärt wird, ist in die Mehrzahl der modernen Kodifikationen übergegangen[2]). Der Grund der Vorschrift ist unverkennbar der, daß dem Diebe und dem einem Diebe gleichzustellenden Uebelthäter ausnahmsweise das Recht der Aufrechnung allgemein und schlechthin hat entzogen werden sollen. Eine solche Vorschrift erscheint auch bei der positiven Natur des Rechtes der Aufrechnung um so gerechtfertigter, je weiter dasselbe im Gesetze ausgedehnt ist. Der angeführte Grund der Vorschrift rechtfertigt aber, sie auf alle Fälle auszudehnen, in denen ein Anspruch aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung erhoben worden, da nicht abzusehen ist, warum nur Ansprüche aus widerrechtlicher Aneignung fremden Besitzes die fragliche Begünstigung verdienen. In dieser Weise korrespondirt die Vorschrift des § 287 mit derjenigen des § 235. Daß die Versagung des Kompensationsrechtes in Rücksicht auf den Konkursfall von sehr eingreifender Wirkung sein kann, erscheint unerheblich. — In Theorie und Praxis wird die Aufrechnung versagt, wenn durch eine widerrechtliche Handlung die Erlangung eines Deckungs-(Kompensations-)Objektes bezweckt wurde (Seuffert's Archiv VI Nr. 174, Entsch. des R. G. in Civils. III Nr. 35 S. 116; vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 132 Nr. 1). Eine diesbezügliche besondere

---

[1]) Code civil Art. 1298 (Zachariä § 328 Anm. 3); schweiz. Bd. Ges. Art. 133; dresd. Entw. Art. 368; vergl. preuß. A. G. O. I, 29 §§ 84, 85.

[2]) Oesterr. G. B. § 1440; code civil Art. 1293; bad. L. R. Satz 1293; sächs. G. B. § 994; schweiz. Bd. Ges. Art. 132; hess. Entw. Art. 316, bayr. Entw. Art. 188, dresd. Entw. Art. 365.

Vorschrift erschien unnöthig, indem dieser Fall durch den § 287 im Wesentlichen gedeckt ist.

Wie schon bemerkt, erscheinen die im gemeinen Rechte und in modernen Kodifikationen geltenden Beschränkungen der Aufrechnung beim Hinterlegungsvertrage, bei der Gebrauchsleihe, beim Prekarium und Mandat überflüssig. Soweit ein Bedürfniß für den Ausschluß der Kompensation anzuerkennen, ist dasselbe durch die Vorschrift des § 287 gedeckt.

§ 288[1]).

e) Unpfändbare Forderungen.

Durch die Vorschrift des § 288 wird über das bestehende bürgerliche Recht hinaus, wonach die Aufrechnung nur gegen die Forderung auf Alimente, bald allgemein (Windscheid II § 350 Note 28; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 366 f.; code civil Art. 1293, code de proc. Art 581 Nr. 4, Zachariä II § 329 Art. 4; schweiz. Gesetz Art. 132 Ziff. 2), bald nur in demselben Maße versagt wird, wie die Pfändung eines solchen Anspruches ausgeschlossen ist (sächs. G. B. § 995; hess. Entw. Art. 316 Ziff. 2, bayr. Entw. Art. 188, dresd. Entw. Art. 365), die Aufrechnung für unstatthaft erklärt gegen die in § 749 der C. P. O. bezeichneten Forderungen, insoweit als dieselben der Pfändung nicht unterworfen sind. Es wäre schon an sich eine Inkonsequenz, wenn, obwohl das Gesetz eine Forderung der Exekution entzieht, dem Schuldner gestattet wäre, gegen eine solche Forderung eine Gegenforderung zur Aufrechnung zu bringen und auf diese Weise, ähnlich wie im Wege der Exekution, den Gläubiger zu zwingen, sich in die Nichtbefriedigung zu fügen. Es macht sich diesfalls der Karakter der Aufrechnung als einer auf positiver gesetzlicher Zulassung beruhenden dem Gläubiger aufgezwungenen Befriedigung, gewissermaßen als Selbstexekution, geltend. Die Gründe, weshalb die C. P. O. § 749 in den daselbst bezeichneten Fällen die Exekution für unzulässig erachtet, erfordern aber auch die Ausschließung der erzwungenen Kompensation. Ganz klar tritt dies hervor in Betreff der bei Weitem die Mehrzahl bildenden Fälle, in welchen die Exekution in eine Forderung für unzulässig erklärt ist, um den Forderungsberechtigten den nöthigen Lebensunterhalt zu sichern. Eine andere Entscheidung möchte allenfalls gerechtfertigt sein, wenn nur im Interesse des Schuldners der mit Beschlag zu belegenden Forderung die Exekution ausgeschlossen wäre. Dies trifft aber bei keinem der in § 749 der C. P. O. aufgeführten Fälle zu, insbesondere nicht bei den Ansprüchen der Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrer. Sie gründen sich, soweit der nöthige Lebensunterhalt nicht in Betracht kommt, in der auf das allgemeine Wohl und das Staatsinteresse zu nehmenden Rücksicht, wobei die Rechte des Fiskus als Schuldners nicht schwerer wiegen, als die eines Privaten. Die Vorschrift des § 288 zieht demnach eigentlich nur die in der C. P. O. § 749 schon liegende Konsequenz und schließt sich andererseits an diejenige des § 296 ergänzend an. Der etwaige Zweifel, ob es zulässig sei, im bürgerlichen Gesetz-

---

1) S. §§ 724 Abs. 3, 1339 Abs. 3, 1458 Abs. 2.

buche gegenüber den Ansprüchen der Beamten das Recht der Aufrechnung auszuschließen, wäre unbegründet. Die Vorschrift betrifft nur die privatrechtliche Seite des Dienstverhältnisses, bleibt innerhalb des Gebietes des Privatrechtes und enthält ebensowenig einen Uebergriff in das der Reichsgesetzgebung verschlossene Gebiet des öffentlichen Rechtes, als der § 749 der C. P. O.

Durch die Vorschrift des § 288 wird auch die Aufrechnung mit Gegenforderungen getroffen, welche in demselben Rechtsverhältnisse sich gründen. In dieser Richtung bleibt hier insbesondere dahingestellt, inwiefern die Landesgesetzgebungen freie Hand behalten, im Wege der Dienstpragmatik zu bestimmen, daß das Recht auf Gehalt ꝛc. von der Bedingung abhänge, daß der Beamte ꝛc. aus seiner Dienst- und Amtsführung nicht vertretungspflichtig sei. Einreden, welche sich gegen die Rechtmäßigkeit des Anspruches selbst richten, werden durch den § 288 selbstverständlich nicht ausgeschlossen.

§ 289.

f) Stationes fisci etc.

Die auf Gründen der administrativen Zweckmäßigkeit und der Organisation der Staatsbehörden beruhende Vorschrift des § 289 bestätigt, soweit Forderungen und Schulden an die Staatskasse in Frage stehen, lediglich das geltende Recht (Windscheid § 350 Note 27; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 368, 369; sächs. G. B. § 994; bayr. Entw. Art. 187, dresd. Entw. Art. 371)[1]). Die Ausdehnung des in der Vorschrift enthaltenen Privilegiums auf die Gemeinden (bayr. Entw. a. a. O.) war nöthig, weil bei vielen Gemeinden die ratio legis in gleichem Maße zutrifft. Unter Gemeinden im Sinne des § 289 sind übrigens auch andere Kommunalverbände verstanden.

IV. Erlaß.

IV. Erlaß.

§ 290.

a) Erlaßvertrag; abstrakt.

Der Erlaßvertrag bringt das Schuldverhältniß, auf das er sich bezieht, unmittelbar (ipso jure) zum Erlöschen, so weit er reicht. Der Erlaß ist nach der Auffassung des Entwurfes ein Veräußerungsvertrag, sog. dinglicher Vertrag, und deshalb ein abstraktes, von seiner causa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft, ähnlich wie die Abtretung (vergl. § 294 Abs. 2)[2]). Diesen Karakter behält der Erlaß auch dann, wenn ein gegenseitiges Schuldverhältniß durch zwei solche Verträge aufgehoben wird. Wenn auch solchenfalls die beiden Verträge selbst die Eigenschaft eines gegenseitigen stets zugleich die materielle causa enthaltenden Vertrages annehmen, so streifen sie dadurch die Eigenschaft als dingliche Veräußerungsverträge nicht ab. Die Angabe des Rechtsgrundes ist in Ansehung dieser Eigenschaft gleichgültig. Hinsichtlich dieses Rechtsgrundes, der obligatorischen causa, gilt nichts Besonderes, so wenig als bei der Zession; derselbe kann verschiedenster Art

---

[1]) Vergl. Zachariä II § 359 Anm. 5 und Schneider und Fick zu Art. 132 des schweiz. Bd. Ges. S. 123 Anm. 3.

[2]) Vergl. §§ 829, 834, 874 Abs. 1.

sein. Der Mangel des Rechtsgrundes oder ein Mangel in demselben wird nur bedeutend für die Frage, ob die Aufhebung der Wirkungen des Erlasses gefordert werden kann. Diese Frage beantwortet sich nach den allgemeinen Konditionsgrundsätzen (Abs. 1, 2).

Selbstverständlich können die Parteien gemäß dem Prinzipe der Vertragsfreiheit auch einen nur obligatorischen Vertrag des Inhaltes schließen, der Gläubiger solle nicht fordern dürfen, oder das frühere Schuldverhältniß solle dergestalt außer Kraft treten, daß es für die Rechtsbeziehungen unter den Parteien so anzusehen sei, als hätte es nie bestanden. Maß und Inhalt der Leistungspflicht der Parteien bestimmt sich diesfalls nach dem Inhalte des Vertrages (s. oben S. 79).

Im Anschlusse an die Vorschriften über das abstrakte Schuldversprechen (§§ 683, 684) normirt der Entwurf (Abs. 3) den sog. negativen Schuldanerkennungsvertrag gleichfalls als abstraktes Veräußerungsgeschäft. Die Anerkennung der Gültigkeit und Wirksamkeit dieses Vertrages ist durch dasselbe Verkehrsbedürfniß geboten, auf dessen Berücksichtigung die positiven Vorschriften über das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß beruhen. Beide, der Erlaßvertrag und der negative Anerkennungsvertrag, müssen nach den gleichen Grundsätzen geregelt werden. Mögen sie sich auch theoretisch unterscheiden lassen, so bringt schon die Abstraktheit der Erklärungen in beiden Fällen dieselben einander so nahe, daß sie vom praktischen Standpunkte aus derselben Beurtheilung unterliegen müssen. Im praktischen Leben werden die Erklärungen in der äußeren Form ohnehin sich meist schwer auseinander halten lassen. b) Negativer Schuldanerkennungsvertrag; abstrakt,

Während das abstrakte Schuldversprechen in schriftlicher Form abgegeben sein muß, um gültig zu sein, ist der negative Anerkennungsvertrag, wie der Erlaß, als Veräußerungsvertrag formfrei. Die Gründe, welche zur Aufstellung der Schriftform bei dem abstrakten Schuldversprechen (§ 683) nöthigen, treffen hier nicht zu. Bei dem Erlasse und bei dem negativen Anerkennungsvertrage kann der Trennungs- oder Isolirungswille des Gläubigers (die Abstraktheit) niemals zweifelhaft sein, und sind besondere Gefahren von der Anerkennung des blos mündlichen Vertrages hier nicht zu befürchten. formlos.

Auch der negative Anerkennungsvertrag unterliegt, wenn nach allgemeinen Grundsätzen gültig geschlossen, nur der Anfechtung nach Konditionsgrundsätzen (Abs. 3, 2). Die Konditionslage erzeugt aber nicht, wie bei dem Schuldversprechen, eine selbständige unverjährbare Einrede (vergl. § 684 Abs. 1). Es genügt, daß sich der Gläubiger während der ordentlichen Verjährungsfrist für die Kondiktion auch der sich hieraus ergebenden Einrede, bezw. Replik bedienen kann. Dagegen gewährt der Entwurf (Abs. 4) bei dem Erlaßvertrage und dem negativen Anerkennungsvertrage dem Gläubiger, welcher den Erlaß oder den negativen Anerkennungsvertrag zwar mit dem Bewußtsein, daß er speziell zum Erlasse oder zur Abgabe des negativen Anerkenntnisses nicht verpflichtet war, aber doch in der irrigen Voraussetzung geschlossen hat, daß die Forderung, auf welche der Erlaß oder der negative Anerkennungsvertrag sich bezogen (zur Zeit der Schließung dieses Vertrages) nicht oder nicht mehr bestehe, ausdrücklich die condictio indebiti. In dieser Beziehung stehen die beiden Verträge mit dem Schuldversprechen auf gleicher Linie. Die condictio indebiti ist Kondiktion.

hiermit ausgedehnt in der Richtung, daß die das Rückforderungsrecht begründende unrichtige Voraussetzung des Leistenden sich nicht auf die unmittelbare Leistung (Erlaß, negatives Anerkenntniß), sondern nur auf das dahinterliegende Schuldverhältniß beziehen sollte (Abs. 4; vergl. mit § 684 Abs. 2).

Der Entwurf hat eine dem im § 310 enthaltenen Konvaleszenzprinzipe entsprechende Bestimmung für den Erlaß nicht aufgenommen. Hierdurch ist aber geeignetenfalls die Anwendung des Prinzipes auf den Erlaß nicht ausgeschlossen[1]).

Quittung als Erlaß.

Eine Entscheidung der Frage, inwiefern eine Quittung als ein abstrakter Erlaßvertrag oder negativer Anerkennungsvertrag anzusehen ist, so daß dieselbe materiell das Erlöschen des Schuldverhältnisses in gleicher Art, wie die Erfüllung, bewirkt, ist weder erforderlich noch räthlich. Es ist Thatfrage, ob die Quittung eine Auslegung in diesem Sinne gestattet, und die Beantwortung wird einerseits vom Inhalte und von der Fassung der Quittung, andererseits von der wechselnden Verkehrssitte und von der gewissen Ausdrücken im Verkehre gewöhnlich beigelegten Bedeutung abhängen[2]). Entbehrlich ist auch die Aufstellung einer Vermuthung, wie sie da und dort an die Rückgabe des Schuldscheines geknüpft wird. Die Bedeutung eines solchen Vorganges ist nach den konkreten Umständen zu beurtheilen[3]).

Unwirksamkeit einseitigen Verzichtes.

Um durch Verzicht ein Forderungsrecht zum Erlöschen zu bringen, ist erforderlich ein Verzichtsvertrag. Der einseitige, vom Schuldner nicht (vertragsmäßig) angenommene Verzicht des Gläubigers ist unverbindlich. Hierin stimmt der Entwurf (§ 290 Abs. 5 vergl. mit Abs. 1) sowohl mit dem gemeinen Rechte als mit der modernen Gesetzgebung überein. Die Gleichstellung des einseitig erklärten Verzichtes mit dem Verzichtsvertrage (Erlaß) ist weder durch die juristische Konsequenz (vergl. § 342) noch durch ein praktisches Bedürfniß oder das Interesse des Gläubigers geboten[4]).

V. Vereinigung.

§ 291.

V. Vereinigung. Wesen, Wirkung.

Niemand kann sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein. Hierauf beruht der allerseits anerkannte Satz, daß das Schuldverhältniß erlischt, wenn Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person sich vereinigen, gleichgültig,

---

[1]) Vergl. §§ 830, 834, 876.

[2]) Windscheid § 412b a. E.; dresd. Entw. Art. 342, bayr. Entw. Art. 212; vergl. preuß. A. L. R. I, 16 §§ 113, 114, Entsch. des R. G. in Civils. XIV Nr. 58 S. 242.

[3]) Vergl. code civil Art. 1282, 1283, bayr. Entw. Art. 219, hess. Entw. Art. 351; dagegen preuß. A. L. R. I, 16 §§ 390, 391.

[4]) Windscheid § 357 Note 4; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 379 ff.; österr. G. B. § 1444; sächs. G. B. §§ 998, 999, 1054; schweiz. Bd. Ges. Art. 140; hess. Entw. Art. 345, bayr. Entw. Art. 209, dresd. Entw. Art. 382. Eine allgemeine Vorschrift über den Verzicht auf Rechte giebt der Entwurf nicht; vergl. §§ 834, 872, 904, 960, 965, 977, 1015, 1016, 1025, 1048, 1061, 1091, 1189, 1205, 1226; §§ 1495, 1576; §§ 1865, 1867, 1873, 1975 ff., 2025 ff.

auf welchem Grunde diese Vereinigung beruht[1]). Es wird nicht eine Erfüllung in Folge des Ueberganges der Forderung auf den Schuldner oder der Schuld auf den Gläubiger unterstellt (§ 333). Die Vereinigung ist vielmehr ein selbständiger, aus jenem Prinzipe folgender Erlöschungsgrund, welcher selbstverständlich nur insoweit wirkt, als die Vereinigung eintritt (vergl. § 1097 Abs. 2). Mit ihrem Eintritte erlöschen auch die von dem Bestande des Schuldverhältnisses abhängigen Nebenrechte (§§ 668, 672 Abs. 1, §§ 1092, 1192). Auf Grundsätzen des Hypothekenrechtes beruht es, wenn im Falle der Vereinigung der Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist, und der Verbindlichkeit in der Person des Eigenthümers des belasteten Grundstückes ungeachtet des Erlöschens der Forderung die Hypothek als Eigenthümerhypothek bestehen bleibt. In bestimmten Verhältnissen ist ferner der Vereinigung aus besonderen Gründen die gewöhnliche Wirkung ganz oder in relativer Weise versagt[2]).

In der bestehenden Gesetzgebung wird in verschiedener Weise ausgesprochen, daß, falls die Vereinigung in Folge eines besonderen Umstandes kraft Gesetzes keine endgültige sei, das Schuldverhältniß mit der Wiederaufhebung der Vereinigung wieder in Kraft trete[3]). Der Entwurf hat eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen. Die fraglichen Fälle lassen sich einer allgemeinen Regel nicht unterordnen. Sie sind im Entwurfe je an der geeigneten Stelle besonders geordnet (vergl. §§ 499, 1833, 2114, 2133). Wiederaufhebung der Vereinigung.

VI. Tod des Gläubigers oder des Schuldners.

§ 292.

Nach dem Vorgange anderer Gesetze (z. B. preuß. A. L. R. I, 5 § 415, österr. G. B. § 1007) empfiehlt es sich, den wichtigen Grundsatz auszusprechen, daß die obligatorischen Rechte und Pflichten der Regel nach den Tod des Gläubigers oder Schuldners überdauern und auf die Erben übergehen (s. §§ 132, 2051). Die Ausnahmefälle[4]), in welchen in Folge des Todes die Verbindlichkeit wegfällt oder eine wesentliche Aenderung erleidet, durch eine allgemein zutreffende Regel zu bestimmen, erscheint nicht als ausführbar. VI. Tod. Vererblichkeit.

---

[1]) Windscheid § 352; preuß. A. L. R. I, 16 § 476 ff.; österr. G. B. § 1445; code civil Art. 1300; sächs. G. B. § 1008; schweiz. Bd. Ges. Art. 144; hess. Entw. Art. 356, bayr. Entw. Art. 214, dresd. Entw. Art. 386.

[2]) S. §§ 1032, 1223, 1866; vergl. §§ 1402, 678.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 478—480; sächs. G. B. § 1008; schweiz. Bd. Ges. Art. 144 Abs. 2; bayr. Entw. Art. 217, dresd. Entw. Art. 386.

[4]) S. §§ 226, 487 Nr. 1, §§ 599, 601, 652, 657, 728 Abs. 1, § 767 Abs. 2, §§ 1496, 1575, 450, 451; vergl. § 557 Nr. 3, §§ 526, 538, 613.

Vierter Titel.

Sondernachfolge in Forderung und Schuld.

I. Uebertragung der Forderung.

§ 293.

Prinzip: Uebergang der Forderung

Der Entwurf beruht auf dem Grundsatze, daß die aus Schuldverhältnissen entspringenden Forderungen, ohne daß es einer Einwilligung des Schuldners bedarf, vermöge besonderen Rechtstitels in der Art auf einen Anderen, als den bisherigen Gläubiger übertragen werden können, daß mit der Uebertragung der letztere aufhört, Gläubiger zu sein, und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt, die übertragene Forderung somit als eigene erwirbt. Wenn auch das Prinzip der Sondernachfolge in die Forderung dem röm. Rechte fremd war und in der Doktrin des heutigen gemeinen Rechtes wieder Gegner gefunden hat (Windscheid, Pand. II § 329, bes. Noten 9, 10), so ist andererseits von einer großen Zahl gewichtiger Autoritäten des gemeinen Rechtes die volle Vereinbarkeit der Sondernachfolge in Forderungen aus Schuldverhältnissen mit der Natur der Forderungen anerkannt, und diese Anerkennung durch das Verkehrsbedürfniß sowie die auch in der Praxis der Gerichte mehr und mehr zum Durchbruch gekommene Anschauung geboten (vergl. Entsch. des vormaligen R. O. H. G. VI Nr. 75, Entsch. des R. G. in Civils. IV Nr. 32, 85). Hierbei folgt der Entwurf überdies der modernen Gesetzgebung, welche, abgesehen von dem hess. Entw. (I § 261 Abs. 2, 3, Mot. S. 136) und dem sächs. G. B. (§§ 953 ff., Mot. bei Siebenhaar, Kommentar II S. 168), durchweg auf dem Boden des Prinzipes der Sondernachfolge in die Forderungen steht[1]).

ohne Denunziation oder Besitzergreifung.

Unmittelbar mit der Uebertragung, durch den dieselbe in sich schließenden Rechtsakt, tritt der Gläubigerwechsel ein. Es bedarf keiner Anzeige (Denunziation) an den Schuldner, um den Uebergang der Forderung auf den neuen Gläubiger zu bewirken oder um das Gläubigerrecht des bisherigen Gläubigers aufhören zu machen. Allerdings verlangt das moderne Recht, auch soweit es auf dem Boden der Sondernachfolge in Forderungen steht, theilweise noch mindestens zum Eintritte der Wirksamkeit der Uebertragung gegen Dritte, auch den Schuldner selbst und seine Gläubiger, einen gewissen Besitzergreifungsakt, sei es durch eine förmliche Denunziation, sei es durch schriftliche Beurkundung der geschehenen Zession[2]). Der Entwurf hat das Prinzip dagegen strenge durchgeführt. Die

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 376 ff., 393, 402, 409; Entsch. des R. G. in Civils. IV Nr. 85, XII Nr. 61; österr. G. B. §§ 1392 ff.; code civil Art. 1689 1690, Zachariä II § 359; Entsch. des R. G. in Civil. XI Nr. 78; schweiz. Bd. Ges. Art. 183 (zür. G. B. §§ 1025, 1035); bayr. Entw. II Art. 145, dresd. Entw. Art. 322; Mot. zur C. P. O. § 736 S. 434.

[2]) S. code civil Art. 1689, 1690; Entsch. des R. G. in Civils. X Nr. 77, XI Nr. 78, XVI Nr. 63 S. 271; schweiz. Bd. Ges. Art. 183, 184, 185, 187.

Uebertragung ist durch den dieselbe enthaltenden Akt vollzogen und rechtswirksam nach allen Seiten, auch Dritten gegenüber und im Konkurse des bisherigen Gläubigers. Dies gilt insbesondere von der auf Vertrag beruhenden Uebertragung (Abtretung). Dagegen dienen zum nothwendigen Schutze des gutgläubigen Schuldners die Vorschriften der §§ 303—305, woselbst aber zum Ausschlusse des guten Glaubens nicht gerade Denunziation erfordert ist; jede irgendwie erlangte sichere Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung genügt[1]). Mit dieser Regelung wird der Entwurf ebenso der juristischen Konsequenz wie den Ansprüchen des Lebens gerecht. In keinem Zusammenhange mit der Frage, ob zur Uebertragung des Forderungsrechtes oder zur Wirksamkeit derselben der Uebertragungsakt genüge oder eine Anzeige von der stattgehabten Uebertragung an den Schuldner nöthig sei, steht die Vorschrift des § 306, indem die hier normirte Anzeige des bisherigen Gläubigers an den Schuldner davon, daß die Forderung übertragen sei, als ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers mit bestimmten Wirkungen aufgefaßt ist.

Der Entwurf regelt in den §§ 293 ff. zunächst die Uebertragung der Forderungen aus Schuldverhältnissen, in § 312 die Uebertragung anderer veräußerlicher Rechte, sofern auf solche die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen Anwendung finden, in § 313 die auf Grund der Verpflichtung zu einer Vermögensübertragung oder zur Uebertragung einer Erbschaft sich vollziehende generelle Uebertragung der in dem Vermögen befindlichen Forderungen und sonstigen zessibeln Rechte. Aus § 313 in Verbindung mit § 223 ergiebt sich besonders, daß der Entwurf auch die Zessibilität der in einem dinglichen Rechte sich gründenden Ansprüche, insbesondere des Eigenthumsanspruches anerkennt. Nur mit der Uebertragung von Forderungen, also mit den Rechtsakten, durch welche ein Gläubigerwechsel bezweckt und erreicht wird, hat es der Entwurf im vorliegenden Abschnitte zu thun. In Ansehung der Bestellung eines Nießbrauches oder Pfandrechtes an einer Forderung sind die Vorschriften des III. Buches (§§ 1021 ff., 1206 ff.) maßgebend. Anordnung des Stoffes.

§ 294.

Der § 294 befaßt sich mit den verschiedenen Akten, auf welchen der Uebergang des Forderungsrechtes vom bisherigen Gläubiger auf den neuen Gläubiger beruhen kann, durch welche sich der Forderungsübergang vollzieht: Vertrag, gerichtliche Anordnung und Gesetz (Abs. 1). Anlangend die Terminologie, so bezeichnet der Entwurf nur die auf Vertrag beruhende Forderungsübertragung als Abtretung, wogegen das Wort „Uebertragung" die allgemeine Bezeichnung für alle Uebertragungsakte bildet (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 183 ff.). Uebertragungsakte: a) Vertrag, b) gerichtliche Anordnung, c) Gesetz.

---

[1]) Ebenso im Wesentlichen (Denunziation nur als Mittel zur Ausschließung des guten Glaubens des Schuldners) das österr. G. B. §§ 1395, 1396, der bayr. Entw. Art. 151 (Mot. hierzu S. 100), der dresd. Entw. Art. 322, 337; hinsichtlich des preuß. Rechtes s. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 413 ff., Eccius I § 99 S. 660—662 (Anm. 173), Dernburg II § 85 Note 2, Entsch. des R. G. in Civils. IV Nr. 85 S. 333.

a) Abtretungsvertrag, abstrakt.

Die Abtretung (Abs. 2) vollzieht sich durch Vertrag zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger; sie ist vollendet nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen (§§ 77 ff.) mit der gegenseitigen Willenserklärung der Vertragschließenden, daß die Forderung auf den neuen Gläubiger durch diesen Vertrag übergehen soll; sie ist, wie bemerkt, in ihrer Gültigkeit und Wirksamkeit durch Denunziation an den Schuldner nicht bedingt. Die Abtretung ist, wie der Erlaß (die Tradition, die Auflassung 2c.) ein Veräußerungsvertrag, sog. dinglicher Vertrag, und deshalb ein abstraktes, von seiner causa in Ansehung seiner Wirksamkeit unabhängiges Rechtsgeschäft. Diesen Karakter der Abtretung sowie die hieraus folgenden Konsequenzen bringt der Entwurf (Abs. 2 Satz 2) durch die Verweisung auf die Vorschriften des § 290 Abs. 2 zum Ausdrucke[1]).

Causa.

Die der Abtretung zu Grunde liegende materielle causa kann so mannigfaltig sein, wie der Grund einer jeden anderen Vermögenszuwendung; also Rechtsgeschäfte unter Lebenden der verschiedensten Art (Verträge, einseitiges Versprechen § 342), Verfügung von Todeswegen[2]) oder gesetzliche Verpflichtung zur Abtretung. Auch in den beiden letzteren Fällen vollzieht sich die Abtretung nicht durch einseitige Willenserklärung des bisherigen Gläubigers, sondern durch den dinglichen Vertrag. Der Entwurf hat den in der Theorie des röm. Rechtes von Manchen noch verfochtenen Satz, daß überall, wo eine gesetzliche Verpflichtung des Gläubigers zur Abtretung bestehe, die Abtretung als geschehen fingirt werde (dresd. Entw. Art. 339), nicht aufgenommen, auch nicht die Regel des preuß. Rechtes (A. L. R. I, 16 § 46), daß derjenige, welcher die Schuld eines Dritten zahlt, ohne Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers eintrete.

Cessio legis.

Nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen findet cessio legis mit der Wirkung statt, daß der Forderungsübergang mit dem Vorhandensein der für den betreffenden Fall aufgestellten Voraussetzungen unmittelbar eintritt[3]).

Abtretung formfrei.

Die Abtretung ist formfrei (§ 294 Abs. 2, § 91), soweit nicht für die Abtretung bestimmter Forderungen, insbesondere derjenigen, für welche eine Hypothek bestellt ist, Ausnahmen bestimmt sind[4]). Die Formfreiheit entspricht der vom Entwurfe für den (abstrakten) Veräußerungsvertrag angenommenen Regel (vergl. § 290). Ein Bedürfniß für besondere Vorschriften über die Blankozession besteht nicht.

b) Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung.

Die Uebertragung der Forderung (§ 293) durch Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt mit der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner. Die entsprechende Vorschrift (§ 294 Abs. 3) dient zur Lösung einer Streitfrage, welche sich an die C. P. O. geknüpft hat. Der erste Absatz des § 737 der C. P. O. legt die Entscheidung nahe, die Uebertragung knüpfe sich unmittelbar an den Ueberweisungsbeschluß, so daß sie als erfolgt zu gelten habe, sobald der Beschluß unwiderruflich geworden, d. h. zur Kunde

---

1) Entsch. des R. G. in Civils. IV Nr. 63, X Nr. 53, XII Nr. 61; vergl. §§ 829, 874, 983, 1011, 1023, 1147, 1196, 1208.

2) S. §§ 1865, 1956, 1962, 1963.

3) S. §§ 223, 227, 313, 337, 676, 1026, 1094, 1095, 1101, 1104, 1164, 1187, 1343, 1397, 1417, 1431.

4) S. §§ 313, 350 Abs. 2, §§ 440 441, 1087, 1090, 1100, 1112 1122, 1129.

auch nur eines Betheiligten gebracht worden sei. Könnte man es für zweifellos erachten, daß der Beschluß in Gemäßheit des § 294 der C. P. O. regelmäßig zunächst dem Exekutionssucher zugestellt würde, so erschiene es sachgemäß, diese Zustellung für entscheidend zu erklären. Allein jene Voraussetzung trifft, wie eine weitverbreitete Praxis lehrt, nicht zu. Das Verfahren hat sich vielmehr meist so gestaltet, daß der Beschluß auf Veranlassung des die Exekution betreibenden Gläubigers zunächst dem Exequenden und dem Drittschuldner zugestellt und demnächst in beweisender Form mit den Zustellungsurkunden dem Exekutionssucher ohne förmliche Zustellung ausgeliefert wird. Die Zweckmäßigkeit eines solchen zur Beschleunigung der wichtigen Zustellung an den Exequenden und den Drittschuldner wie zur Ersparung von Kosten dienenden Verfahrens ist unleugbar. Ihm entspricht es, die in der Regel die geringsten Schwierigkeiten verursachende Zustellung an den Drittschuldner für entscheidend zu erklären, womit zugleich der Vortheil erreicht wird, daß der häufige Fall, in welchem die Ueberweisung mit der Pfändung verbunden ist, keiner besonderen Auszeichnung bedarf, überhaupt das Gesetz insofern an Einfachheit gewinnt, als bei der Pfändung schon nach der C. P. O. § 730 der Zustellung an den Drittschuldner das entscheidende Gewicht beiwohnt[1]). Bezüglich der Verurtheilung zur Abtretung bedürfte es hier keiner Vorschrift (s. C. P. O. § 779 und Anmerkung 1 zu § 365).

Ein konstitutives Theilungsurtheil kennt der Entwurf nicht[2]).

§ 295.

Gegenstand der Uebertragung können Forderungen jeder Art und jeden Ursprunges sein. Die Regel der Uebertragbarkeit ist in § 293 ausgesprochen. Weiter braucht sie nicht mit dem österr. G. B. § 1393, sächs. G. B. § 964, dem hess. Entw. Art. 265, bayr. Entw. Art. 145 und dresd. Entw. Art. 323 Satz 1 besonders ausgesprochen zu werden, da sie auch aus den im Gesetze, zunächst in § 295 gemachten Ausnahmen zur Genüge erhellt. Insbesondere hat die frühere Streitfrage, ob auch solche Forderungen übertragen werden können, bei welchen der Gläubiger Verbindlichkeiten gegen den Schuldner hat (sächs. G. B. § 965, hess. Entw. Art. 265, dresd. Entw. Art. 321 Satz 2), heutzutage jede Bedeutung verloren; sie ist in Wissenschaft und Praxis längst in bejahendem Sinne entschieden[3]). Nach dem prinzipiellen Standpunkte des Entwurfes können Nebenforderungen selbständig gerichtlich geltend gemacht werden; hiernach können sie prinzipiell auch ohne die Hauptforderung übertragen werden. Ausdrückliche Bestimmungen über die Abtretbarkeit des Anspruches auf eine Konventionalstrafe oder der Bürgschaftsforderung erscheinen nicht geboten[4]). Bezüglich der Forderungen aus Inhaberpapieren war hier Regel der Uebertragbarkeit.

---

[1]) Vergl. §§ 1088, 1113.

[2]) S. § 769, §§ 2151 ff.; vergl. §§ 946, 1378, 1382, 1406, 1429, 1431.

[3]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XII S. 77, des R. G. in Civils. VI Nr. 116, XIII Nr. 7.

[4]) Vergl. §§ 1086, 1186, 1190.

nichts zu bestimmen. Aus deren rechtlicher Natur (§§ 685 ff.) folgt, daß die Forderungen aus solchen nicht durch Abtretung, sondern durch Tradition der Urkunde übertragen werden (vergl. C. P. O. §§ 722 ff., Entsch. des R. G. in Civils. III Nr. 88). In Ansehung der Abtretung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, vergl. Entsch. des vorm. R. O. H. G. XI S. 251, des R. G. in Civils. III Nr. 88 (C. P. O. § 732).

Ausnahmen: a) An die Persönlichkeit des Gläubigers gebundene Forderungen.

Die Ausnahmen, welche der Entwurf in § 295 Abs. 1 von der Regel der Uebertragbarkeit (§ 294) aufstellt, beruhen auf der Natur der Sache und sind deshalb im Wesentlichen schon im gemeinen und sonst bestehenden Rechte anerkannt[1]). Die Bestimmung dürfte alle in Betracht kommenden Fälle treffen. Daneben sind in dem Entwurfe übrigens, auf Grund des dem § 295 Abs. 1 zu Grunde liegenden Prinzipes, noch einzelne bestimmte Forderungen besonders für unübertragbar erklärt[2]). Aus der Regel der Uebertragbarkeit und der Vorschrift des Abs. 1 beantwortet sich insbesondere die Frage, ob auf rechtsgeschäftlicher Bestimmung beruhende Alimentenforderungen zessibel sind[3]). Bezüglich der auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen s. § 296; vergl. mit C. P. O. § 749 Nr. 2.

b) Ausschluß durch Rechtsgeschäft.

Der Entwurf erkennt das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit nur auf dem Gebiete des Obligationenrechtes an. Die Privatautonomie vermag hiernach ein im Gesetze nicht besonders anerkanntes dingliches oder gegen Dritte wirksames Recht nicht zu schaffen, also auch die Veräußerung mit solcher Wirkung nur in gesetzlich bestimmten Fällen auszuschließen (vergl. § 107 Abs. 2). Auf diesem Grundsatze beruht die Vorschrift des § 295 Abs. 2. Allerdings lassen sich für die Bejahung der in der Doktrin bestrittenen Frage, ob die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden könne, theoretische Gründe geltend machen, insbesondere in der Richtung, daß das obligatorische Rechtsverhältniß nur zwischen Gläubiger und Schuldner bestehe und von deren Rechtswillen in allen Beziehungen abhänge, wonach es auch zulässig sein müßte, durch Rechtsgeschäft nicht übertragbare Forderungen zu begründen oder auch nachträglich die Uebertragbarkeit auszuschließen. Allein die von den römischrechtlichen Anschauungen abweichende Entwickelung der Uebertragbarkeit der Forderungen steht mit diesen Gründen in grundsätzlichem Widerspruche und, auch abgesehen von der Berechtigung der Anschauung, daß eine nach den allgemeinen Grundsätzen übertragbare Forderung nach der modernen Auffassung über die Verkehrsfähigkeit der Forderungen und die Sondernachfolge in dieselben gleichsam ver-

---

[1]) Windscheid § 335, preuß. A. L. R. I, 11 § 382; vergl. Einleitung in das A. L. R. § 99, österr. G. B. § 1393, schweiz. Bd. Ges. Art. 183, sächs. G. B. § 966, hess. Entw. Art. 266, bayr. Entw. Art. 146, dresd. Entw. Art. 323.

[2]) Vergl. §§ 644, 724 Abs. 3, §§ 727, 728, 1339, 1458, auch §§ 1534, 1298.

[3]) Entsch. des R. G. in Civils. VI Nr. 42, Archiv für die civ. Praxis, Bd. 69 S. 241 ff., 259 ff. Nicht übertragbare Forderungen sind auch nicht Gegenstand eines Nießbrauches oder Pfandrechtes, vergl. §§ 1022, 1207.

sachenrechtlicht erscheine und daher hinsichtlich der Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Dispositionsbeschränkung ähnlich wie eine Sache zu beurtheilen sei, nöthigen Rücksichten praktischer Natur in Ansehung der Forderungen zur Festhaltung des erwähnten Grundsatzes der dinglichen Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Beschränkung der Veräußerlichkeit (Uebertragbarkeit). Eine solche Wirksamkeit würde zur Folge haben, daß die Forderung auch im Wege der Exekution nicht übertragbar wäre. Somit würde dieselbe den Schuldnern in vielen Fällen den Weg eröffnen, in einfacher Weise ihr Vermögen den Angriffen der Gläubiger ganz zu entziehen. Nichts wäre bedenklicher, als den Schuldnern das Bestreben, ihr Vermögen vor den Angriffen der Gläubiger zu sichern, zu erleichtern. Von der actio Pauliana wäre gegen die gedachte Gefahr kein genügender Schutz zu erwarten. Auch würde sich der Ausweg, die Uebertragung im Wege der Exekution für zulässig zu erklären, nicht empfehlen. Auch in der Praxis, mindestens der größeren Gebiete, scheint bisher die Ansicht überwogen zu haben, eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Veräußerlichkeit einer Forderung wirke nur obligatorisch. Die obligatorische Wirksamkeit eines rechtsgeschäftlichen Ausschlusses der Veräußerung versteht sich, wie bei jedem rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbote, von selbst, sofern ihr nicht eine besondere Rechtsnorm, insbesondere der Grundsatz entgegensteht, daß ein gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist (§ 106)[1].

§ 296.

c) Unpfändbare Forderungen.

Der § 296 erklärt die in § 749 der C. P. O. bezeichneten Forderungen, insoweit sie nach dieser gesetzlichen Vorschrift der Pfändung nicht unterworfen sind, auch für nicht übertragbar (vergl. §§ 288, 1022, 1207). In Theorie und Praxis ist allerdings bisher nicht allgemein anerkannt, daß die Nichtpfändbarkeit gemäß § 749 C. P. O. hinsichtlich aller in Frage stehenden Forderungen auch die Unübertragbarkeit in sich schließe. Es unterliegt jedoch keinem Bedenken, alle nach § 749 C. P. O. der Pfändung entzogenen Forderungen insoweit auch für nicht übertragbar zu erklären. Bei näherer Prüfung ergiebt sich, daß die Unübertragbarkeit hierdurch nur auf wenige Forderungen ausgedehnt wird, und zwar nur auf solche, deren Uebertragbarkeit aus den gleichen Gründen zu beanstanden ist, welche den Gesetzgeber dazu bestimmt haben, dieselben der Zwangsvollstreckung zu entziehen.

Weitere allgemeine Beschränkungen der Uebertragbarkeit, als die in den §§ 295, 296 enthaltenen, kennt der Entwurf nicht; insbesondere konnte von der Aufnahme des gemeinrechtlichen Verbotes der cessio ad potentiorem keine Rede sein.

Nicht übertragbare Forderungen auch nicht pfändbar.

Im Abs. 2 stellt der Entwurf die Regel auf, daß eine Forderung, welche nicht übertragen werden kann (s. z. B. §§ 295, 644, 724 Abs. 3, §§ 727, 728 Abs. 1, §§ 1047, 1339 Abs. 3, § 1458 Abs. 2), auch der Pfändung nicht unterworfen ist. Gegen diese Bestimmung, wonach aus der Unübertragbarkeit

---

[1] Vergl. Entsch. des R. G. in Civils. XIV Nr. 73.

auf die Nichtpfändbarkeit zu schließen ist, waltet sachlich ein Bedenken nicht ob, sofern darauf hingewiesen ist, daß es sich nur um eine gewissen gesetzlichen Ausnahmen unterliegende Regel handelt. Als ein höherer allgemeiner Grundsatz des materiellen Rechtes gehört die Bestimmung nicht in die C. P. O., sondern in das bürgerliche Gesetzbuch (vergl. § 312).

§ 297.

Uebergang der Vorzugsrechte. Die Vorschrift, daß mit der Uebertragung der Forderung die mit dieser zur Zeit der Uebertragung verbundenen Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger, ohne Unterscheidung nach dem Grunde dieser Rechte, übergehen, auch dann, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs noch nicht eröffnet ist (§ 297 Satz 1), löst eine bis in die neuere Zeit bestehende Streitfrage. Wenn auch die Ansicht sich vertreten läßt, der Satz, daß der Uebergang der mit der Forderung schon verbundenen Vorzugsrechte auf den neuen Gläubiger unabhängig davon sei, ob der Konkurs über den Schuldner schon eröffnet sei, folge schon aus der Konk. O., insbesondere aus der Natur der von derselben zugelassenen Vorzugsrechte[1]), so erheischt die Wichtigkeit der Frage doch eine ausdrückliche Entscheidung. Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 403, 404, 405, Entsch. des R. G. in Civils. III Nr. 15, IV Nr. 87 S. 357 ff., österr. G. B. § 1394, sächs. G. B. § 969, code civil Art. 1692, schweiz. Bd. Ges. Art. 190, Abs. 1, hess. Entw. Art. 273, bayr. Entw. Art. 155, dresd. Entw. Art. 325.

und Nebenrechte. Die Vorschrift des zweiten Satzes des § 297 entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte[2]). Sie gilt, wie diejenige des ersten Satzes für jede Forderungsübertragung, insbesondere auch bei einer unmittelbar auf Gesetz beruhenden Uebertragung (s. dagegen preuß. A. L. R. I, 16 §§ 47, 48). Der Uebergang der zur Verstärkung dienenden Nebenrechte (z. B. Pfandrechte, Bürgschaften) erfolgt hiernach immer von Rechtswegen, mit der Uebertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger, ohne daß noch ein besonderes Erforderniß hinzuzutreten hätte oder seitens des alten Gläubigers zu erfüllen wäre[3]) (vergl. §§ 336, 677). Uebrigens enthält der zweite Satz des § 297 für den Fall der Abtretung keine lex absoluta; vielmehr kann im Einzelfalle, soweit dies nach dem Gesetze möglich ist (vergl. bes. § 1086 Abs. 2), der Uebergang der Nebenrechte ausgeschlossen werden (s. auch § 1129 Abs. 4).

Der Entwurf enthält keine Bestimmung über die Rechte des neuen Gläubigers gegen Mitverpflichtete des Schuldners (§§ 321 ff.). Der neue Gläubiger erlangt bei Uebertragung einer Forderung, für welche mehrere Mitschuldner haften, unbestreitbar alle Rechte gegen jeden einzelnen Mitschuldner, so wie dieselben dem bisherigen Gläubiger zustanden. Die Erledigung

---

[1]) R. G. Entsch. in Civils. III Nr. 15 S. 27 ff.

[2]) Windscheid § 332 Nr. 2; preuß. A. L. R. a. a. O. § 402; österr. G. B. § 1394; sächs. G. B. § 954; code civil Art. 1692; schweiz. Bd. Ges. Art. 190 Abs. 1; hess. Entw. Art. 273, bayr. Entw. Art. 155, dresd. Entw. Art. 325.

[3]) S. §§ 1086, 1108, 1112, 1186, 1187, 1190, 1197, 1206.

der Frage aber, welche Wirkungen sich ergeben, wenn die Abtretung sich nur auf die Rechte gegen den einen Mitschuldner beziehen sollte oder gar die Rechte gegen die übrigen Mitschuldner ausdrücklich von der Abtretung ausgeschlossen würden, bleibt zweckmäßig der Wissenschaft und Praxis vorbehalten. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist diese Frage nicht.

Der Entwurf enthält sich auch einer Bestimmung in Ansehung der in der Wissenschaft nicht einmüthig beantworteten, auch von der Gesetzgebung zum Theil verschieden gelösten Frage, ob mit der Uebertragung der Forderung auch der Anspruch auf Früchte, Zinsen und Strafen auf den neuen Gläubiger ohne Weiteres übergehe. Es ist Sache der Auslegung in jedem einzelnen Falle, wie es sich mit dem Uebergange solcher Rechte verhält. Besondere Auslegungsregeln wären bedenklich[1]).

Die Forderung geht nach dem Prinzipe der Singularsukzession durch die Uebertragung auf den neuen Gläubiger als dessen eigene über. Hieraus kann gefolgert werden, daß der neue Gläubiger auch die ihm aus seiner Person ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der Forderung zustehenden Vorrechte in Ansehung der übertragenen Forderung geltend machen kann. Aus dem Satze, daß die Lage des Schuldners durch die Uebertragung der Forderung nicht verschlechtert werden dürfe, wird dagegen in der Theorie und zum Theil in der Gesetzgebung die Bestimmung hergeleitet, daß sich der neue Gläubiger derartiger Vorrechte nicht bedienen dürfe (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 405, 406, Eccius I S. 667). Der Entwurf erachtet eine Entscheidung der Frage nicht für erforderlich, da dieselbe nach dem Stande der Gesetzgebung kaum praktisch und deshalb jene immerhin bedenkliche und mit dem bisherigen Rechte großer Gebiete im Widerspruche stehende Konsequenz aus dem Prinzipe der Sondernachfolge nicht auszusprechen ist.

§§ 298, 299, 300.

Die Frage, ob und inwieweit der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger für den Bestand der Forderung oder für die Güte der letzteren zu haften hat, entscheidet sich nach dem der Uebertragung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Aus der bloßen Thatsache der Uebertragung, dem dinglichen Rechtsakte, läßt sich diese Frage nicht beantworten. Dieser Standpunkt ist für das gemeine Recht maßgebend und wird auch für das preuß. Recht in Ansehung der Gewährleistung für den rechtlichen Bestand der Forderung angenommen. Die Aufnahme einer den Grundsatz aussprechenden Vorschrift in das Gesetz (s. sächs. G. B. § 971) erschien entbehrlich. Er ergiebt sich zur Genüge aus den sonstigen Bestimmungen des Entwurfes. Haftung je nach causa der Uebertragung:

Die Vorschrift des § 298 bestimmt zunächst nur den regelmäßigen Ausschluß der Haftung für die Güte der Forderung. Sie setzt bei demjenigen, α. für Güte der Forderung.

[1]) Vergl. sächs. G. B. §§ 954, 969 Satz 2 (Siebenhaar II S. 170 zu § 954), schweiz. Bd. Ges. Art. 190 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 325 Abs. 2.

β. für deren rechtlichen Bestand.

welcher sich durch Vertrag (oder einseitiges Versprechen, vergl. §§ 342, 343) zur Abtretung einer Forderung verpflichtet, die Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung, gleichviel ob die Forderung nie bestanden hat, erloschen oder durch Einrede entkräftbar ist[1]), voraus und regelt dieselbe nach Maßgabe der allegirten Vorschriften über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes. Neben denselben kommen, wenn die Abtretung auf Grund einer Schenkung erfolgt, die Vorschriften der §§ 442, 443 zur Anwendung. Die Unterscheidung zwischen Schenkung und anderweiten Verträgen harmonirt im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte[2]). Auch in der Heranziehung der Vorschriften über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes in Ansehung der Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung befindet sich der Entwurf mit dem in verschiedenen Rechtsgebieten gegenwärtig geltenden Rechte in Uebereinstimmung; sie dient zugleich dem Interesse der Vereinfachung des Rechtes (vergl. code civil, sächs. G. B., hess., bayr. und dresd. Entw. a. d. a. O.). Der Zessionar hat hiernach dem Zedenten die Forderung (das Recht) zu verschaffen (§ 370 Abs. 2), und haftet dafür, daß nicht Rechte an der Forderung bestehen (§ 371 Abs. 2). Aus dem für anwendbar erklärten § 377 folgt sodann insbesondere, daß, wenn das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist, der bisherige Gläubiger wegen eines Mangels in seinem Rechte dem neuen Gläubiger für das volle Interesse einzustehen hat. Hierdurch ist abgelehnt der Standpunkt des preuß. Rechtes, wonach der Zedent, abgesehen vom Falle bewußter Abtretung einer unrichtigen Forderung, dem Zessionar nur die Schäden und Kosten bis auf Höhe der empfangenen Valuta zu erstatten hat (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 422—425). Es mag dahingestellt bleiben, ob in diesen Bestimmungen des preuß. Rechtes und in den ähnlichen Vorschriften des schweiz. Bd. Ges. (Art. 194) noch Anklänge an die bekannte vom Entwurfe nicht aufgenommene lex Anastasiana[3]) zu finden sind. Ein Grund zu solcher Beschränkung der Haftung beim Verkehre mit Forderungen liegt nicht vor; sie widerspricht allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes.

Haftung für Güte zur Zeit der Uebertragung.

Im Gegensatze zum gemeinen, französischen[4]) und dem sonstigen modernen Rechte statuiren das preuß. Recht (A. L. R. I, 11 §§ 427 ff.) und das österr. G. B. § 1397 bei „entgeltlicher" Abtretung auch die Haftpflicht des Zedenten für die Einbringlichkeit der Forderung. Rücksichten auf den vermuthlichen Parteiwillen und auf die Sicherheit des Verkehres mit Forderungen erheischen die Gleichstellung des letzteren mit der Sachveräußerung (§§ 381 ff.) keineswegs; im Gegentheil verbieten jene Rücksichten solche Gleichstellung geradezu (§§ 298, 299). Von Bedeutung ist, daß der

---

[1]) Windscheid § 315 Note 4, Seuffert's Archiv XXII Nr. 35, XXX Nr. 238.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 420, 421; österr. G. B. § 1397; code civil Art. 1693; sächs. G. B. §§ 971, 1055, 949; schweiz. Bd. Ges. Art. 192; vergl. hess. Entw. Art. 272, bayr. Entw. Art. 154, dresd. Entw. Art. 326, 327.

[3]) Windscheid § 333 Note 3; H. G. B. Art. 299; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 390, 391.

[4]) S. zu code civil Art. 1694 Entsch. des R. G. in Civils. XVI Nr. 64.

preuß. Entwurf von 1831 (I, 11 §§ 307—309; Mot. z. pr. Entw. S. 88—90) aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit in dieser Frage zum gemeinen Rechte zurückgekehrt ist. Nach § 299 bezieht sich die Haftung des bisherigen Gläubigers für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, wenn sie einmal auf Grund eines vertragsmäßigen Versprechens oder aus einem anderen besonderen Rechtsgrunde stattfindet, im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Uebertragung (preuß. A. L. R. I, 11 § 431; code civil Art. 1695; hess. Entw. Art. 272, bayr. Entw. Art. 154, dresd. Entw. Art. 326). Darüber aber, wie die Haftung sich gestaltet, wenn der bisherige Gläubiger für das Zahlungsvermögen des Schuldners einzustehen sich verpflichtet hat, ob insbesondere hierin eine Erweiterung der gesetzlichen Haftpflicht, eine Verpflichtung zur Gewährleistung oder eine Bürgschaftsübernahme zu erblicken ist, läßt sich im Gesetze nichts bestimmen. Es handelt sich diesfalls um die Ermittelung des Parteiwillens[1]. Eine besondere Vorschrift über die Rechte des neuen Gläubigers und die Haftung des alten Gläubigers für den Fall, wenn der letztere das Zahlungsunvermögen des Schuldners verschwiegen hat, ist so wenig erforderlich, als für den Fall des Verschweigens des fehlenden rechtlichen Bestandes der Forderung. Aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt sich, daß der bisherige Gläubiger in Folge seines Betruges, abgesehen von der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes, für Ersatz des verursachten Schadens haftet. Dieser Konsequenz hier durch eine positive Vorschrift zu begegnen, fehlt es an zureichenden Gründen.

Geht eine Forderung unmittelbar kraft des Gesetzes auf einen neuen Gläubiger über oder ist die Uebertragung auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung zur Uebertragung erfolgt, so findet nach § 300 keinerlei Haftung des bisherigen Gläubigers, weder für den rechtlichen Bestand der Forderung, noch für die Güte der Forderung, statt. Auf Grund der cessio necessaria allein tritt keine Haftung des bisherigen Gläubigers ein. Die Forderung geht auf den neuen Gläubiger so über, wie sie jenem zustand (preuß. A. L. R. I, 11 § 444; schweiz. Bd. Ges. Art. 195; dresd. Entw. Art. 340). Der Entwurf weist jedoch auf die aus dem besonderen Rechtsverhältnisse zwischen dem alten und neuen Gläubiger, auf welchem auch die cessio necessaria beruht (z. B. im Falle eines Mandates, Kommissionsgeschäftes), unter Umständen sich ergebende Haftung des alten Gläubigers hin.

Keine Haftung aus cessio legis.

Ueber die Verpflichtung des mit dem Vermächtnisse einer Forderung Beschwerten ist im V. Buche bestimmt[2].

Der Entwurf giebt keine Vorschrift über die Haftpflicht im Falle der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung. Die erforderlichen Bestimmungen finden sich in der C. P. O. §§ 736—740. Es ist nicht Aufgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, die hieran sich knüpfenden Zweifel zu lösen. Die etwa erforderliche Entscheidung bleibt der Revision der C. P. O. vorbehalten.

Haftung im Falle der Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung.

---

[1]) Entsch. des R. G. in Civils. IV Nr. 75.

[2]) S. §§ 1848, 1849—1851, 1855, 1856, 1861, 1865; vergl. § 1879.

§ 301.

Pflicht des bisherigen Gläubigers α. zur Auskunftertheilung u. s. w.

Die Uebertragung verpflichtet den bisherigen Gläubiger, soviel an ihm liegt, dem neuen Gläubiger die Mittel an die Hand zu geben, damit dieser möglichst ohne Schwierigkeit die Forderung gegen den Schuldner geltend machen kann. Die Verpflichtung ist an die Thatsache der Uebertragung, nicht an die zu Grunde liegende obligatorische causa geknüpft, ist also in allen Fällen der Uebertragung begründet. Auf die Herausgabe der Schuldurkunde als Akzidenz der Forderung hat der neue Gläubiger für die Regel ohnedies ein Recht gegen Jedermann, wenn die ganze Forderung auf ihn übertragen worden ist[1]).

β. zur Beurkundung.

Im Falle der Abtretung und der unmittelbaren Uebertragung durch das Gesetz bedarf der Gläubiger insbesondere zu seiner Legitimation einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die Abtretung, bezw. über die Anerkennung der durch das Gesetz erfolgten Uebertragung seitens des bisherigen Gläubigers (sächs. G. B. § 970; dresd. Entw. Art. 328). Auch wenn die Uebertragung unmittelbar kraft Gesetzes erfolgt, ist der neue Gläubiger ohne eine solche den bisherigen Gläubiger bindende Urkunde häufig nicht in der Lage, seine Rechte gegen den Schuldner mit Sicherheit und ohne Schwierigkeit zu verfolgen. Man kann den neuen Gläubiger diesfalls nicht auf die von besonderen Voraussetzungen abhängige Feststellungsklage (C. P. O. § 231) verweisen. Die Beseitigung der Denunziationspflicht ist hiernach um so unbedenklicher. Der Entwurf verpflichtet aber den bisherigen Gläubiger nicht zur Ausstellung einer öffentlichen Urkunde. Es genügt eine Urkunde, bei welcher die Unterschrift öffentlich beglaubigt ist, d. h. durch eine Behörde, welche nach dem betreffenden Landesgesetze zu solcher Beglaubigung zuständig ist. Die Verpflichtung des bisherigen Gläubigers zur Ertheilung der öffentlich beglaubigten Urkunde ist übrigens davon abhängig zu machen, daß ihm vom neuen Gläubiger die erforderlichen Kosten vorgeschossen sind, anderweite Vereinbarung selbstverständlich vorbehalten. Beruht die Uebertragung auf gerichtlicher Anordnung, so bedarf es keiner vom bisherigen Gläubiger erst zu ertheilenden Legitimationsurkunde; die Legitimation liegt in der gerichtlichen Anordnung selbst.

Eine besondere Vorschrift über die Gestaltung der aus dem § 301 resultirenden Verpflichtungen des bisherigen Gläubigers im Falle nur theilweiser Uebertragung der Forderung erscheint nicht erforderlich (§ 1122; preuß. A. L. R. I, 11 § 399.

§§ 302, 303[2]).

Einwendungen des Schuldners gegen die Forderung.

Nach dem richtig verstandenen Prinzipe der Sondernachfolge kann die Forderung auf den neuen Gläubiger nur so, mit denjenigen Mängeln behaftet, übergehen, wie sie dem bisherigen Gläubiger zustand, also mit allen dem

[1]) Windscheid §§ 334, 336; sächs. G. B. § 970; schweiz. Bd. Ges. Art. 191; hess. Entw. Art. 271, bayr. Entw. Art. 153 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 328; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 395—397, 445, 446; C. P. O. § 737 Abs. 2; Seuffert's Archiv XXX Nr. 242. Entw. §§ 462, 1109.

[2]) S. zu §§ 303—305 die §§ 1089, 1083, 1084, 1085, 1125 ff.

Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einwendungen, gleichviel, ob sie in Einreden im eigentlichen (materiellen) Sinne bestehen oder sich in rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsachen gründen. Dieser Grundsatz ist in der Doktrin nur vereinzelt in Verkennung des Wesens der Sondernachfolge angefochten, in der Gesetzgebung und Praxis allgemein anerkannt. Nach dem Entwurfe, welcher den Forderungsübergang unmittelbar an den Uebertragungsakt ohne das Requisit der Denunziation oder Besitzergreifung knüpft, versteht sich andererseits von selbst, daß der Schuldner, abgesehen von den Bestimmungen in §§ 303, 304, 305, Einwendungen aus der Person des alten Gläubigers oder seinem Verhältnisse zu diesem nach der Uebertragung nicht mehr mit Wirkung gegen den neuen Gläubiger erwerben kann[1]). Mißverständlich ist aber, wenn gesagt wird, der Schuldner könne Einreden gegen die Forderung, welche ihm zur Zeit der Uebertragung schon zustanden, auch dem neuen Gläubiger entgegensetzen[2]), insofern hierdurch alle Einreden als ausgeschlossen erscheinen könnten, welche in später eingetretenen Thatsachen sich gründen. Es kann nicht allein darauf ankommen, zu welcher Zeit die Thatsachen, in welchen die Einreden sich gründen, sich zugetragen haben, sondern vielmehr darauf, ob es Thatsachen sind, welche, ohne in ausschließlicher Beziehung zu dem Wechsel des Gläubigers zu stehen, nach dem Wesen und Inhalte des Schuldverhältnisses den Schuldner zu einer Einrede berechtigen, wonach z. B. der Schuldner auch dem neuen Gläubiger gegenüber eine Einrede aus einer erst nach der Uebertragung stattgehabten Entwehrung des dem Schuldner als Gegenleistung veräußerten Rechtes oder auf Grund einer erst nach diesem Zeitpunkte eingetretenen Resolutivbedingung entgegensetzen kann. Der Entwurf spricht dies nicht aus; es wäre auch kaum möglich, eine allen Anforderungen genügende Fassung zu finden (vergl. österr. G. B. § 1396, preuß. A. L. R. I, 11 § 407). Aus der Bestimmung des § 302, welche nur die höchst persönlichen Einreden (aus der Person des bisherigen Gläubigers) ausschließt, in Verbindung mit dem Prinzipe der Sondernachfolge, erhellt zur Genüge die Zulässigkeit aller übrigen Einreden, soweit nicht ein Anderes sich daraus ergiebt, daß die Verfügungsgewalt des bisherigen Gläubigers aufhört. Einwendungen aus der Person des neuen Gläubigers kann der Schuldner diesem selbstverständlich unbeschränkt entgegensetzen[3]).

Auch die Befugniß des Schuldners, die Berechtigung oder Sachlegitimation des vorgeblichen neuen Gläubigers zu bestreiten, ist nicht zu bezweifeln (vergl. §§ 301, 308). Er kann aus diesem Grunde, wenn die Abtretung simulirt und deshalb nichtig ist, sich auf die Simulation berufen. Allerdings kann diese Befugniß mißbraucht werden und wird nicht selten mißbraucht, besonders dann, wenn der Schuldner keine anderen Einwendungen gegen den Anspruch hat. Allein die Simulationseinrede wird meistens wegen mangelnder thatsächlicher Begründung keine Berücksichtigung

Bestreiten der Sachlegitimation.

---

[1]) Windscheid § 332 Nr. 1, schweiz. Bd. Ges. Art. 189, hess. Entw. Art. 274 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 156.

[2]) Sächs. G. B. § 975, dresd. Entw. Art. 335 Abs. 1.

[3]) Windscheid § 332 Nr. 11, Eccius I S. 664 f.

verdienen, namentlich dann, wenn die Behauptungen des Schuldners die Annahme bestehen lassen, zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger sei die obligatorisch wirksame Vereinbarung getroffen der neue Gläubiger solle dem Schuldner und allen Dritten gegenüber als Gläubiger gelten, dem bisherigen Gläubiger gegenüber aber verpflichtet sein, diesem das, was der Schuldner leisten werde, zu verabfolgen und überhaupt bei Geltendmachung der Gläubigerrechte nach den Weisungen des bisherigen Gläubigers, ähnlich wie ein Bevollmächtigter, zu verfahren. Eine solche Vereinbarung ergiebt keineswegs die Simulation der Abtretung (des dinglichen Vertrages). Die Behauptung, die Abtretung selbst beruhe auf Simulation, wird der Schuldner wohl nur selten aufzustellen vermögen. Es versteht sich, daß der Schuldner berechtigt ist, auch sonstige Mängel des Uebertragungsaktes gegen den neuen Gläubiger geltend zu machen (hess. Entw. Art. 274, bayr. Entw. Art. 156), insofern er hierdurch dem letzteren die Eigenschaft als Gläubiger abstreitet; hier wie dort greift aber die durch die Vorschrift des § 306 gesetzte Schranke ein.

Anerkennung seitens des Schuldners.

In dem preuß. A. L. R. I, 11 § 412 (I, 16 § 314) ist bestimmt, daß ein Schuldner, welcher den Zessionar als seinen Gläubiger in rechtsverbindlicher Weise anerkannt habe, nicht mehr befugt sei, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, welche er gegen den Zedenten zu haben vermeint, entgegenzusetzen (s. code civil Art. 1295). Zu einer derartigen Bestimmung gerade für die Abtretung liegt so wenig ein besonderer Grund vor, als zu einer Vorschrift über die Wirkung eines von dem Schuldner bei oder nach der Uebertragung dem neuen Gläubiger gegenüber abgegebenen Anerkenntnisses der Schuld (österr. G. B. § 1396, vergl. bayr. Entw. Art. 191 Abs. 2). Es hängt von der Beurtheilung des einzelnen Falles ab, welche Bedeutung einem derartigen Anerkenntnisse des Schuldners beizulegen ist[1]).

Höchst persönliche Einreden aus der Person des alten Gläubigers.

Durch die Bestimmung, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen kann, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben, entscheidet der Entwurf eine Streitfrage des gemeinen Rechtes gegen die Auffassung des preuß. Rechtes[2]). Die Zulassung solcher höchst persönlicher Einreden wäre mit dem Grundsatze der Sondernachfolge an sich nicht gerade unverträglich; dafür ließe sich auch geltend machen, es sei bedenklich, an die Uebertragung eine Verschlimmerung der Lage des Schuldners zu knüpfen. Immer aber wäre damit eine Abschwächung des Prinzipes der Sondernachfolge verbunden, indem dieselben nur gegen die Person des seitherigen Gläubigers gehen, der neue Gläubiger aber nicht die Person des letzteren vertritt. Auch wenn eine Abtretung zu dem Zwecke stattfände, um dem Schuldner die höchst persönlichen Einreden zu entziehen (Windscheid a. a. O. § 332 Note 6), gilt die Vorschrift des § 302. Jener Zweck allein darf die Anwendung des Gesetzes nicht hindern; es muß vielmehr den

---

[1]) Vergl. §§ 607, 683, 684, C. P. O. § 739, Entsch. des vorm. R. O. H. G. IX Nr. 58 S. 199.

[2]) Windscheid § 332 Note 2; preuß. A. L. R. I, 11, § 408. Wie der Entwurf: das österr. G. B. § 1396, schweiz. Bd. Ges. Art. 189, hess. Entw. Art. 274, bayr. Entw. Art. 156, dresd. Entw. Art. 335 Abs. 1. Vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 85 S. 330.

Betheiligten gestattet sein, sich der Vortheile zu bedienen, welche das Gesetz ihnen darbietet. Anders, wenn ein Verbotsgesetz in Frage stände; hier käme für die Beurtheilung der Gesichtspunkt in Betracht, ob in der Handlungsweise der Betheiligten eine unzulässige Umgehung des Gesetzes zu finden wäre.

In Ansehung der Befugniß des Schuldners, eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung gegenüber dem neuen Gläubiger zur Aufrechnung zu bringen (§ 303; siehe auch § 286) stimmen die neuen Gesetzgebungen, auf welchem Standpunkte sie auch in Ansehung der prinzipiellen Auffassung der Zession stehen, darin überein, daß sie dem Schuldner gestatten, mit Gegenforderungen, welche er gegen den bisherigen Gläubiger erworben, auch gegen den neuen Gläubiger aufzurechnen. Die Vorschrift des § 303 gestattet auch in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte, abweichend jedoch von dem österr. G. B. § 1442, die Aufrechnung mit einer Forderung, welche dem Schuldner im Falle mehrfacher Uebertragung an einen der Zwischengläubiger bereits zustand, als derselbe aufhörte, Gläubiger zu sein[1]). Daß als der entscheidende Zeitpunkt nicht derjenige der Uebertragung, sondern der der Kenntniß des Schuldners von der Uebertragung bezeichnet ist, hängt schon mit den Vorschriften zum Schutze des gutgläubigen Schuldners in § 304 zusammen. Dies steht im Einklange mit der gemeinrechtlichen Auffassung, wie mit den modernen Kodifikationen, wenn auch zum Theil nur in Folge davon, daß nach den letzteren die Uebertragung der Forderung von der Denunziation an den Schuldner abhängig gemacht ist[2]).

Aufrechnung gegen den neuen Gläubiger;

Vom Standpunkte der juristischen Konsequenz, aus dem Begriffe der Sondernachfolge und den Voraussetzungen der Aufrechnung (§ 281) kann man zwar Anstand dagegen erheben, dem Schuldner überhaupt die Aufrechnungsbefugniß mit Forderungen gegen den früheren Gläubiger zuzugestehen. Allein Billigkeit und praktische Rücksichten drängen dahin, dem geltenden Rechte zu folgen. Die rechtliche Lage, zu kompensiren, darf dem Schuldner durch die Forderungsübertragung nicht geschmälert werden. Häufig wird der Schuldner gerade mit Rücksicht auf die ihm durch seine Schuld gewährte Deckung sich zur Kreditgewährung an den Gläubiger verstanden oder seine Schuld gegen den bisherigen Gläubiger gerade mit Rücksicht auf seine Gegenforderung an denselben kontrahirt haben. Dem Prinzipe der Sondernachfolge würde es ferner allerdings am ehesten entsprechen, wenn man dem Schuldner die Aufrechnung nur mit solchen Gegenforderungen gegen den bisherigen Gläubiger gestattete, welche er zur Zeit der Uebertragung schon gegen denselben erworben hatte. Dieselben Rücksichten aber, welche zur Gewährung des gedachten Kompensationsrechtes überhaupt nöthigen, führen auch dahin, den gutgläubigen Schuldner, d. h. den Schuldner, welcher noch keine Kenntniß von der Forderungsübertragung erhalten hat, in der rechtlichen Kompensationslage mit von ihm vor der Zeit

---

[1]) S. auch preuß. A. L. R. I, 16 §§ 315, 316.

[2]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 82 S. 329, des R. G. in Civils. I Nr. 124 S. 436; preuß. A. L. R. I, 11 § 407, I, 16 § 313; code civil Art. 1295; sächs. G. B. § 975; schweiz. Bd. Ges. Art. 189; hess. Entw. Art. 311, bayr. Entw. Art. 191, dresd. Entw. Art. 335 Abs. 2.

der Kenntnißerlangung gegen den bisherigen Gläubiger erworbenen Gegenforderungen zu schützen. Der bisherige und der neue Gläubiger haben es in der Regel in der Hand, dem Schuldner sofort von der Forderungsübertragung Kenntniß zu verschaffen. Es ist jedoch für die Anwendung der Vorschrift in § 303 gleichgültig, auf welche Weise der Schuldner die Kenntniß von der Uebertragung erhalten hat (vergl. § 304). Der Schuldner hat aber erforderlichenfalles zu beweisen, daß ihm die Forderung zu der betreffenden Zeit schon zustand. Wie aus der Fassung des § 303 erhellt, genügt es jedoch für die Zulässigkeit der Aufrechnung mit einer gegen den bisherigen Gläubiger dem Schuldner zustehenden Gegenforderung, wenn dieselbe zu derjenigen Zeit fällig ist, in welcher die Aufrechnung geltend gemacht wird (§ 282). Die Aufrechnungsbefugniß ist hiernach nicht dadurch bedingt, daß die betreffende Gegenforderung des Schuldners zur Zeit, da er von der Uebertragung Kenntniß erhielt, schon fällig war, auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie später als die übertragene Forderung fällig wurde. Dieser Standpunkt entspricht dem hier vorzugsweise Berücksichtigung verdienenden Interesse des Schuldners[1]).

Haftung des alten Gläubigers.

Ueber die Haftung des bisherigen Gläubigers bei auf Vertrag beruhender Abtretung im Falle einer gemäß § 303 erfolgenden Aufrechnung giebt der Entwurf keine Entscheidung. Bringt der Schuldner eine Forderung an den bisherigen Gläubiger, welche der übertragenen Forderung schon zur Zeit der Uebertragung als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstand, gegen den neuen Gläubiger zur Aufrechnung, so ergiebt sich aus der Vorschrift des § 298 in Verbindung mit der Vorschrift des § 283 über die Rückwirkung der erfolgten Aufrechnung auf die Zeit, in welcher die beiderseitigen Forderungen als zur Aufrechnung geeignet sich gegenübergetreten sind, ohne Weiteres die Haftung des bisherigen Gläubigers für den rechtlichen Bestand der Forderung. Für die übrigen Fälle, in welchen dem Schuldner gemäß § 303 die Aufrechnung mit einer ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung gestattet ist, muß dahingestellt bleiben, ob der Zedent in einem solchen Falle gleichfalls aus der Garantieverpflichtung (§ 298) haftet oder ob der neue Gläubiger ihm gegenüber auf den Konditionsanspruch beschränkt ist. Es empfiehlt sich nicht, hier durch kasuistische Bestimmungen der Wissenschaft und Praxis vorzugreifen[2]).

§§ 304, 305.

Schutz des Schuldners wegen Unkenntniß von der Uebertragung

Zum unerläßlichen Schutze des Schuldners gegen die für ihn aus dem Prinzipe der Sondernachfolge resultirenden Gefahren dienen die Vorschriften des § 304. Sie beruhen, wie schon bei § 293 bemerkt, nicht auf der Annahme, daß die Uebertragung im Verhältnisse zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger erst durch eine Denunziation wirksam werde, sondern lediglich auf dem rechtlichen Gesichtspunkte, daß der Schuldner, welcher sich in wirklicher Unkenntniß von der Uebertragung mit dem bisherigen Gläubiger

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 § 313, Entsch. des R. G. in Civils. IV Nr. 70, XI Nr. 68.

[2]) Vergl. § 1856.

eingelassen hat, geschützt werden muß, gerade weil Denunziation an den Schuldner nach dem Entwurfe nicht erforderlich ist. Dieser Schutz ist nicht blos nöthig im Falle einer von dem Schuldner dem bisherigen Gläubiger behufs der Erfüllung gemachten Leistung (code civil Art. 1691), sondern der neue Gläubiger muß jedes unter der gedachten Voraussetzung zwischen den Beiden über die Forderung geschlossene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen. Der gleiche Schutz muß folgerichtig dem Schuldner gewährt werden bei Rechtsgeschäften, welche der bisherige Gläubiger gegen den Schuldner oder dieser gegen jenen in Ansehung der Forderung vorgenommen hat (z. B. Mahnung, Kündigung, Kompensationserklärung des alten Gläubigers). Es fällt darunter insbesondere auch die Inverzugsetzung des bisherigen Gläubigers durch den Schuldner. Mag sie auch nicht immer ein Rechtsgeschäft sein, so ist sie doch nach der Rechtsanalogie in der hier fraglichen Richtung immer einem solchen gleichzustellen. Der dem Schuldner durch § 304 gegebene Schutz wird ihm einzig und allein durch den Umstand entzogen, wenn er zu der entscheidenden Zeit, zu welcher nämlich die das Schuldverhältniß alterirende Rechtshandlung vorgenommen wird, wirkliche Kenntniß von der Uebertragung gehabt hat. Daß der Schuldner zur entscheidenden Zeit wirkliche Kenntniß von der Forderungsübertragung hatte, muß ihm bewiesen werden. Auf welche Weise diese Kenntniß des Schuldners vermittelt wurde, ist gleichgültig (österr. G. B. §§ 1395, 1396; schweiz. Bd. Ges. Art. 187; dresd. Entw. Art. 331). Die Denunziation oder die Vorlegung einer Urkunde (§§ 306, 301) ist hierzu wohl das sicherste Mittel. Es liegt aber vom Standpunkte des Entwurfes aus kein Grund vor, die Kenntniß des Schuldners nur dann zu berücksichtigen, wenn sie auf einer Benachrichtigung des Schuldners durch den bisherigen oder den neuen Gläubiger oder durch das Gericht beruht (code civil Art. 1691; sächs. G. B. § 972; bayr. Entw. Art. 151; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 413—417). Es ist Sache der richterlichen Beurtheilung des einzelnen Falles, ob aus den gegen den Schuldner diesfalls geltend gemachten Umständen eine wirkliche Kenntniß desselben von der erfolgten Forderungsübertragung zu entnehmen ist. Aus denselben Gründen, auf welchen die Schutzbestimmung des Abs. 1 beruht, muß dem Schuldner gegen den neuen Gläubiger die Berufung auf ein rechtskräftiges Urtheil gestattet werden, welches in einem erst nach der Uebertragung über die Forderung zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner, gleichviel ob auf Klage gegen den Schuldner oder auf Klage des Schuldners (z. B. negative Feststellungsklage), anhängig gewordenen Prozesse ergangen ist, insbesondere auch auf ein Kontumazialurtheil, wofern dem Schuldner nicht bewiesen wird, daß er von der Uebertragung zu derjenigen Zeit (wirkliche) Kenntniß hatte, in welcher dieselbe nach den Grundsätzen des Prozeßrechtes hätte geltend gemacht werden können (Abs. 2). Das Urtheil mußte neben den Rechtsgeschäften besonders genannt werden, wenn seine Gleichstellung mit demselben in der in Frage stehenden Richtung sichergestellt sein sollte[1]. Kein Grund läge dagegen vor, den neuen Gläubiger an eine Prozeßhandlung des früheren Gläubigers für gebunden zu erklären. Liegt

a) bei Rechtsgeschäften,

b) bei Prozeßführung mit dem alten Gläubiger,

[1]) Dernburg a. a. O. § 85 Note 4; vergl. §§ 1257, 1307, 1336, 1337, 2077.

noch keine rechtskräftige Entscheidung vor, so muß der neue Gläubiger, wenn er seinerseits den Schuldner allein oder im Wege der Hauptintervention den früheren Gläubiger und den Schuldner gemeinsam belangt, seine Rechte ohne alle Rücksicht auf die in dem Prozesse zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner durch Geständniß, Präklusion u. s. w. erworbenen Rechte verfolgen können. Erst mit der rechtskräftigen Entscheidung ändert sich wegen der Wirkung der res judicata die Beurtheilung.

c bei mehrmal. Uebertragung. Nach dem Prinzipe der Sondernachfolge erledigt sich von selbst die Streitfrage, ob bei mehrmaliger Abtretung derselben Forderung an verschiedene Personen durch den ursprünglichen Gläubiger oder durch einen Zessionar der Vorzug dem jüngeren oder dem älteren Zessionar gebühre. Der jüngere Zessionar konnte die Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger, welcher die Forderung nicht mehr hatte, nicht erwerben. Dies braucht nicht besonders im Gesetze ausgesprochen zu werden (dresd. Entw. Art. 330 Abs. 1; sächs. G. B. § 973). Inkonsequent vom Standpunkte des Entwurfes aus und durch kein praktisches Bedürfniß gerechtfertigt wäre es, wollte man die Priorität an besondere Bedingungen, etwa an die Priorität der schriftlichen Beurkundung der Abtretung (schweiz. Bd. Ges. Art. 186) knüpfen. Es entspringen aber für den Schuldner, welcher, ohne von der früheren Abtretung Kenntniß erhalten zu haben, von der späteren Abtretung unterrichtet wird, aus der bezeichneten Konsequenz des Prinzipes der Sondernachfolge ganz dieselben Gefahren, welchen die Vorschrift des § 304 zu begegnen bestimmt ist. Derselbe Schutz ist also auch diesfalls für den gutgläubigen Schuldner unerläßlich (§ 305). Er steht demjenigen, welcher die spätere Abtretung für sich hat, gerade so gegenüber wie im Falle des § 304 dem ursprünglichen Gläubiger. In gleich mißlicher Lage befindet sich der gutgläubige Schuldner, wenn die erste oder die weitere Uebertragung keine Abtretung war, sondern auf gerichtlicher Anordnung oder unmittelbar auf Gesetz beruht und dem Schuldner eine vom Gläubiger ertheilte Urkunde über Anerkennung der späteren Uebertragung vorgelegt wird, die spätere gerichtliche oder gesetzliche Uebertragung aber zufolge der ersterfolgten wirkungslos ist. Ließe sich der Schuldner im Falle gesetzlicher Uebertragung mit dem angeblichen neuen Gläubiger ohne Vorlegung der Anerkennungsurkunde ein, so handelte er lediglich auf seine Gefahr.

Kondiktion. Aus den Vorschriften der §§ 304, 305 erhellt, daß der Schuldner, welcher ohne Kenntniß von dem Gläubigerwechsel oder von der früheren Uebertragung an den früheren Gläubiger oder an denjenigen, welcher ihm gegenüber durch einen späteren Uebertragungsakt, bezw. durch die Anerkennungsurkunde über eine spätere cessio legis als Gläubiger bestimmt ist, eine Leistung behufs Erfüllung bewirkt, von dem früheren Gläubiger &c. nicht kondiziren kann, obwohl an einen Nichtgläubiger geleistet ist. Denn im Sinne des Gesetzes, welches sagt, der Schuldner werde unter der gedachten Voraussetzung durch die Leistung an den Nichtgläubiger befreit, ist hier, wie in ähnlichen Fällen (z. B. § 266), der Empfänger trotz seines mangelnden Gläubigerrechtes als Gläubiger anzusehen. Betreffs der Ansprüche des wirklichen Gläubigers gegen den bisherigen Gläubiger (§ 304) oder gegen denjenigen, welcher auf Grund einer zweiten Uebertragung mit dem Schuldner verhandelt hat (§ 305), erschienen aber besondere Vorschriften

entbehrlich (sächs. G. B. §§ 970, 973; dresd. Entw. Art. 329, 337 Satz 2, hess. Entw. Art. 270, bayr. Entw. Art. 153 Abs. 2; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 417). Die allgemeinen Vorschriften, insbesondere über die Vertretung unerlaubter Handlungen, sowie über ungerechtfertigte Bereicherung und negotiorum gestio genügen. Anlaß zu positiven Bestimmungen liegt nicht vor.

§§ 306, 307.

Die Vorschriften der §§ 306, 307 bezwecken die Sicherung des Schuldners für die Fälle, wenn dem Schuldner von dem Gläubiger die Uebertragung der Forderung angezeigt worden ist, die Uebertragung jedoch nicht stattgefunden hatte oder ungültig war und der Schuldner mit dem angeblichen neuen Gläubiger sich eingelassen hat (§ 306), oder wenn der Schuldner sich mit dem durch gerichtliche Anordnung bestimmten neuen Gläubiger eingelassen hat, während die gerichtliche Anordnung aufgehoben war (§ 307). Anzeige des Gläubigers von der Uebertragung,

Wenn der Gläubiger dem Schuldner, sei es in einer öffentlichen Urkunde, sei es einfach schriftlich oder auch nur mündlich, anzeigt, daß die Uebertragung der Forderung auf einen Dritten stattgefunden habe (§ 306 Abs. 1), so ist der Gläubiger dem Schuldner gegenüber an diese Erklärung gebunden. Der Entwurf sieht in solcher Anzeige die Kundgebung des Willens seitens des Gläubigers, daß der Schuldner den in der Anzeige bezeichneten Dritten fortan als alleinigen Gläubiger zu betrachten, nur an diesen Dritten zu leisten und nur mit ihm sich in Verhandlungen einzulassen habe. Die Anzeige ist demnach ein selbständiges, einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner als passiv Betheiligtem (vergl. § 74), analog der Mittheilung, daß der denominirte Dritte bevollmächtigt sei, die Forderung einzuziehen und über dieselbe unbedingt zu verfügen (vergl. § 120), in ihrer Wirksamkeit unabhängig von dem der Abtretung unterliegenden Rechtsgrunde oder der Angabe desselben (§ 294 Abs. 2), unabhängig auch davon, daß die Uebertragung wirklich erfolgt oder ungültig d. h. nichtig oder anfechtbar und angefochten ist. Das Rechtsgeschäft der Anzeige selbst aber untersteht den allgemeinen Grundsätzen. Ist dasselbe insbesondere aus irgend welchem Grunde nichtig, so ist es als nicht vorgenommen anzusehen (§ 108); der Schuldner findet keinen Schutz aus § 306. Im Falle der Nichtübereinstimmung des wirklichen mit dem erklärten Willen kommen die Vorschriften der §§ 95—99 mit der Maßgabe zur Anwendung, daß der Schuldner als der Empfänger der Willenserklärung erscheint. Unterliegt das Rechtsgeschäft der Anzeige der Anfechtung, so entbehrt dann, wenn die Anfechtung wirklich erfolgt, der Schuldner gemäß § 112 in der Regel des Schutzes, wie im Falle der Nichtigkeit. Dem Gläubiger steht es auch selbstverständlich jederzeit frei, dem Schuldner gegenüber den Widerruf der Anzeige zu erklären. Auch der Widerruf der Anzeige ist eine einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner (Empfänger), auf dessen Wirksamkeit insbesondere die Vorschriften des § 74 Anwendung finden. Nach dieser Auffassung von der Anzeige und vom Widerrufe liegt kein Anlaß vor, dem Schuldner den Schutz des § 306 Abs. 1 dann zu entziehen, wenn er die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der zu Grunde liegenden Abtretung gekannt hatte, auch dann nicht, wenn nur der Schuldner, nicht auch der Gläubiger solche Kenntniß

Marginalien: ein selbständiges Rechtsgeschäft. — Widerruf.

gehabt hätte, vorbehaltlich der Verantwortlichkeit des Schuldners wegen Betheiligung an einer unerlaubten Handlung nach allgemeinen Grundsätzen. Diese Regelung der Anzeige entspricht augenscheinlich dem Zwecke einer solchen und dem praktischen Bedürfnisse, wie sie andererseits mit allgemeinen Grundsätzen im Einklange bleibt.

Vorlegung der Uebertragungsurkunde.

Der Anzeige des Gläubigers (§ 306 Abs. 1) ist in Abs. 2 gleichgestellt die Vorlegung einer vom Gläubiger ertheilten, die Abtretung der Forderung oder die Anerkennung der Uebertragung an den Dritten enthaltenden öffentlichen resp. öffentlich beglaubigten oder (ächten) Privaturkunde, jedoch mit der Abweichung, daß der Schuldner keinen Schutz findet, wenn er zu der nach § 304 entscheidenden Zeit von der Nichtigkeit der beurkundeten Uebertragung Kenntniß hatte. Durch die Ertheilung der Urkunde wird der Empfänger in die Lage versetzt, sich bei dem Schuldner durch deren Vorlegung als Gläubiger zu legitimiren. Die Ertheilung der Urkunde ist also im Allgemeinen der Denunziation (Abs. 1) gleichzustellen. Hat jedoch der Schuldner die Nichtigkeit des in der Urkunde bezeugten Aktes zur entscheidenden Zeit (§ 304) gekannt, so steht ihm die Schutzvorschrift des § 306 nicht zur Seite. Die Nichtigkeit des Aktes ergreift solchenfalls die in der Urkunde zu findende Anzeige mit. Die bloße Anfechtbarkeit des beurkundeten Aktes ist dagegen ohne Einfluß auf den dem Schuldner gemäß § 306 Abs. 2 zustehenden Schutz, da der Schuldner in Ungewißheit bleibt, ob die Anfechtung erfolgen werde. Auch die wirklich erfolgte Anfechtung kommt gegen den Schuldner nur in Betracht, wenn dieser zu der kritischen Zeit von der Anfechtung (§ 112) Kenntniß hatte. Eine später erfolgende Anfechtung ist dagegen hier ausnahmsweise einflußlos im Verhältnisse des Schuldners; sie ergreift die Wirksamkeit der Urkunde nicht.

Die Vorschrift des § 306 setzt nach ihrem Wortlaute und Sinne voraus, daß von dem wirklichen Gläubiger und nicht nach schon früher erfolgter Uebertragung von dem gewesenen Gläubiger denunzirt oder die dem Schuldner vorgelegte Urkunde über die Uebertragung ertheilt wurde. Wenn der bisherige Gläubiger, nachdem die Forderung schon übertragen war, dem Schuldner eine spätere Uebertragung angezeigt bezw. über eine solche die Urkunde ausgestellt hat, so findet § 306 keine Anwendung, außer insofern die Anzeige und Ausstellung und Vorlegung der Uebertragungsurkunde auch solchenfalls als Rechtsgeschäfte des Gläubigers gegenüber dem Schuldner als dem passiv Betheiligten gelten. Dasselbe fällt aber unter die Vorschriften der §§ 304, 305, wonach der wirkliche Gläubiger ein solches Rechtsgeschäft nur gegen sich gelten lassen muß, sofern der Schuldner sich in gutem Glauben befunden hat. Der Schuldner ist hiernach immer nur dann geschützt, wenn sein Nichtwissen auch noch zu der Zeit bestand, in welcher die das Schuldverhältniß wirklich berührende Rechtshandlung sich zutrug. Die Zeit der Denunziation, bezw. der Vorlegung der Urkunde ist in dieser Richtung nicht entscheidend, weil dadurch für sich allein das Schuldverhältniß noch in keiner Weise getroffen wird.

Gerichtliche Uebertragung; Aufhebung derselben.

Ist die Uebertragung durch gerichtliche Anordnung erfolgt, so fällt der dem Schuldner zustehende Schutz erst weg, wenn die erfolgte Aufhebung der gerichtlichen Anordnung zu der nach § 304 entscheidenden Zeit zu seiner wirklichen Kenntniß gekommen war. Diese Kenntniß muß ihm bewiesen werden.

Der Schuldner, welcher nach einer gerichtlichen Anordnung sich richtet, muß nothwendig, weil er nur den Befehlen der zuständigen Obrigkeit sich gefügt hat, bis zu dem bemerkten Zeitpunkte geschützt werden.

Zu einer besonderen Bestimmung über die etwaigen Ansprüche des Gläubigers an den Dritten, falls dieser auf Grund der Vorschriften der §§ 306, 307 von dem Schuldner eine Leistung empfangen, eine Uebertragung aber nicht stattgefunden hatte, bezw. solche im Falle des § 307 wieder aufgehoben war, ist so wenig Anlaß, wie in den ähnlichen Fällen der §§ 304, 305. Es ist in dieser Richtung auch hier darauf zu achten, daß die Vorschriften der §§ 306, 307 den Schutz das Schuldners bezwecken, das Verhältniß des Gläubigers zu dem Dritten aber unberührt lassen.

§ 308.

Legitimation des neuen Gläubigers durch Anzeige oder Uebertragungsurkunde

Wird der Schuldner von einem Dritten lediglich auf Grund der Behauptung, daß auf ihn die Forderung übergegangen sei, in Anspruch genommen, so hat der Dritte allerdings die geschehene Uebertragung der Forderung zu beweisen und sich dadurch als nunmehrigen Gläubiger zu legitimiren. Der Schuldner käme aber ohne eine besondere Bestimmung zu seinem Schutze in eine mißliche Lage, wenn man ohne Rücksicht auf die augenblickliche Lage der Sache die spätere Beweisführung als in jeder Beziehung maßgebend anerkennen wollte. Insbesondere stände er vor der Alternative, auf seine Gefahr hin sich mit dem neuen Gläubiger einzulassen oder es auf einen Prozeß mit diesem ankommen zu lassen, woran ihm häufig jegliches Interesse fehlt. Hiergegen ist dem Schuldner zumal vom Standpunkte des Entwurfes aus, wonach der Forderungsübergang gegen den Schuldner sich mit der Uebertragung der Forderung ohne das Erforderniß einer Denunziation vollzieht, Schutz zu gewähren, wie auch die bestehende Gesetzgebung die Nothwendigkeit besonderer Schutzvorschriften für den Schuldner erkannt hat (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 395 ff., 414, 415; sächs. G. B. § 974; hess. Entw. Art. 267, dresd. Entw. Art. 333, 332, bayr. Entw. Art. 150 Abs. 3; code civil Art. 1690; schweiz. Bd. Ges. Art. 184, 185, 188). Die Verweisung des Schuldners auf das Verlangen einer Sicherheitsleistung seitens des Forderungsprätendenten dafür, daß er den Schuldner gegen Ansprüche des bisherigen Gläubigers vertreten werde, genügt nicht. Der Entwurf sieht den nöthigen Schutz des Schuldners in doppelter Richtung vor. Einmal gegenüber einer Mahnung oder Kündigung des neuen Gläubigers, insofern solche dann wirkungslos sind, falls sie der Schuldner unter Berufung darauf, daß ihm die Uebertragung nicht in liquider Weise, welche auch der bisherige Gläubiger gegen sich gelten lassen muß, nachgewiesen sei, sofort bezw. (den konkreten Verhältnissen entsprechend) unverzüglich nach der Mahnung oder Kündigung zurückweist. Als Legitimationsmittel bezeichnet der Entwurf einzig die Anzeige des bisherigen Gläubigers von der erfolgten Uebertragung oder die Vorlegung einer die Uebertragung oder deren Anerkennung seitens des bisherigen Gläubigers enthaltenden Urkunde in voll beweisender d. h. öffentlich beglaubigter Form durch den neuen Gläubiger. Im Falle der auf gerichtlicher Anordnung beruhenden Uebertragung genügt

a) bei Mahnung 2c.

der neue Gläubiger der Vorschrift durch Vorlegung der die Uebertragung bewirkenden Urkunden. Die Vorschrift des § 308 dient jedoch wesentlich zum Schutze des Schuldners; hieraus folgt, daß der neue Gläubiger, falls dem Schuldner (Drittschuldner) die Uebertragung schon bekannt ist (§ 294 Abs. 3), nicht erst noch eine besondere Urkunde auszuwirken und dem Schuldner vorzulegen hat. In Ermangelung der im § 308 verordneten Legitimation sind im Falle der Zurückweisung durch den Schuldner Mahnung und Kündigung völlig unwirksam, so daß sie nach Nachholung des Versäumten wiederholt werden müssen. Die Zurückweisung muß aber unverzüglich geschehen sein. Zögert der Schuldner, so ist sie wirkungslos[1]). Erhebt der neue Gläubiger vor Ergänzung des Mangels seines Legitimationsnachweises Klage gegen den Schuldner, so können diesem die Kosten, welche durch das Bestreiten der Uebertragung erwachsen, nicht zur Last fallen, wogegen der Schuldner, wenn die Bestreitung der Sachlegitimation keine besonderen Kosten verursachte und der Schuldner den Anspruch noch aus anderen nicht stichhaltigen Gründen bekämpft, im Falle seiner Sachfälligkeit selbstverständlich nach den allgemeinen Regeln in die Kosten zu verurtheilen ist. Zum weiteren Schutze des Schuldners ist aber noch die Vorschrift erforderlich, daß, wenn der neue Gläubiger vor Beseitigung des Mangels in dem Legitimationsnachweise gegen den Schuldner Klage erhebt, jener dem Schuldner diejenigen Kosten zu ersetzen hat, welche dadurch entstehen, daß der letztere in dem Rechtsstreite dem bisherigen Gläubiger den Streit verkündet (C. P. O. § 69). Der Schuldner ist bei der beschränkten Wirkung der res judicata (§ 192) zur Streitverkündigung an den bisherigen Gläubiger genöthigt; es entspricht deshalb der Billigkeit, ihm dem neuen Gläubiger gegenüber den Anspruch auf Ersatz der betreffenden Kosten besonders (vergl. C. P. O. § 96) beizulegen.

b) im Falle der Klage.

Ueber das Recht des Schuldners zur öffentlichen Hinterlegung der geschuldeten Leistung, falls der neue Gläubiger seine Legitimation nicht auf die in § 308 bezeichnete Weise darthut (sächs. G. B. § 974; dresd. Entw. Art. 333; vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 188), ist eine besondere Bestimmung entbehrlich. Es entscheiden diesfalls die allgemeinen Grundsätze (§§ 272 ff.).

§§ 309, 310.

Abtretung fremder Forderungen: a) Einwilligung,

Dem § 309 entsprechen die in den §§ 830 Satz 1, 876 Abs. 1 für den Fall der Verfügung über Sachen durch den Nichtberechtigten enthaltenen Vorschriften[2]). Wenn Jemand einwilligt (§ 127), daß ein Anderer über sein, des Einwilligenden, Gut in eigenem Namen rechtlich verfügt, so liegt hierin zugleich die Ermächtigung zu solcher Verfügung. Es muß also die rechtliche Disposition des Anderen, der dingliche Vertrag, um welchen es sich hier allein

---

[1]) Vergl. §§ 122, 1118.

[2]) Siehe noch §§ 834, 841, 983, 1087, 1091 1106, 1107, 1134, 1142, 1144, 1147, 1196, 312; § 266.

handelt (vergl. § 348 Abs. 1), wirksam sein, gleich als ob dieser Andere über sein eigenes Recht verfügt hätte. Es liegt kein Grund vor, dieses aus der Einwilligung des Berechtigten in die Verfügung über sein Recht sich ergebende Verhältniß nicht auch für die Abtretung von Forderungen anzuerkennen (Windscheid I § 81 Nr. 3 Note 5, II § 338 Note 6). Auf die Einwilligung finden die allgemeinen Vorschriften des § 127 Abs. 1—3 Anwendung.

Der Satz, daß die von einem Dritten in eigenem Namen über das Recht eines Anderen getroffene Verfügung (das dingliche Rechtsgeschäft) konvaleszirt, wenn die Verfügung von dem Berechtigten nachträglich genehmigt wird (§ 127), oder wenn der Verfügende das betreffende Recht erwirbt oder von demjenigen beerbt wird, welchem das Recht zusteht (§ 310), ist keineswegs selbstverständlich, müßte vielmehr nach strenger Rechtslogik verneint werden, da an sich Niemand über fremdes Gut wirksam verfügen kann. Er ist auch im bestehenden Rechte nicht allgemein oder ausnahmslos anerkannt. Im gemeinen Rechte z. B. tritt zwar die Konvaleszenz (mit rückwirkender Kraft) ein im Falle der Genehmigung der Verfügung über die Rechtssphäre eines Anderen durch diesen, nicht aber in den bezeichneten anderen Fällen; hier ist vielmehr der Dritte, zu dessen Gunsten der Nichtberechtigte verfügt hat, gegen den dinglichen Anspruch des Verfügenden, welcher das betreffende Recht erworben hat, bezw. des Berechtigten, welcher den Verfügenden beerbt hat, im Wesentlichen auf die sog. exceptio rei venditae et traditae beschränkt. Durch die Anerkennung der Konvaleszenz, wonach den bezeichneten Umständen absolute Wirkung gegen alle Betheiligten beigelegt ist, geschieht jedoch in allen drei Fällen, und zwar allgemein ohne Rücksicht darauf, ob derjenige, zu dessen Gunsten verfügt worden, gewußt hat, daß der Verfügende nicht der Berechtigte sei und ob eine Verpflichtung zu der Verfügung vorlag oder nicht, nur den Anforderungen der Rechtsordnung Genüge. Der Entwurf spricht den Grundsatz in §§ 310, 830, 876 Abs. 2 gleichmäßig mit der Maßgabe aus, daß als weitere Voraussetzung des Eintrittes der Konvaleszenz im Falle der Beerbung des Verfügenden durch den Berechtigten der Verlust des Inventarrechtes dieses Erben gesetzt ist. Die Entscheidung über die Konvaleszenz ist hiernach allgemein und für alle Betheiligten davon abhängig gemacht, ob das Inventarrecht dem Erben noch zusteht oder erloschen ist. Hierdurch wird einerseits einfaches und klares Recht geschaffen; anderseits ist die Bestimmung insofern innerlich wohl begründet, als, so lange das Inventarrecht noch besteht, zwar formell aber nicht materiell eine volle Verschmelzung des Erbenvermögens und des Nachlasses eingetreten ist.

b) Genehmigung, c) Beerbung des Dritten 2c. Konvaleszenzprinzip.

Aus der Wiederholung der Vorschrift in den §§ 312, 834, 841, 983, 1087, 1091, 1106, 1107, 1134, 1142, 1144, 1147, 1196 ergiebt sich, daß der Grundsatz der Konvaleszenz die sämmtlichen Verfügungen (unter Lebenden) über das Recht eines Anderen beherrscht. Es ergiebt sich hieraus ein Prinzip, welches eine analoge Anwendung (bezw. p. argumentum a majori ad minus) in anderen geeigneten Fällen rechtfertigt. Für die Konvaleszenz ist selbstverständlich kein Raum, wenn die Betheiligten, im Falle des § 310 der Zedent und der Zessionar, die Verfügung (Abtretung) rückgängig gemacht haben.

Allgemeinheit des Konvaleszenzprinzipes.

Auch diese Vorschriften haben nur das dingliche Rechtsgeschäft, hier den Abtretungsvertrag im Auge. Die diesem Rechtsgeschäfte zu Grunde liegende

materielle causa, insbesondere der hierzu verpflichtende obligatorische Vertrag (§§ 348, 298, 370 ff., § 443), fällt in Ansehung ihrer Gültigkeit und Wirkung nicht in den Bereich der Vorschrift. Das dingliche Rechtsgeschäft aber ist trotz des mangelnden Rechtes des Verfügenden nicht nichtig (§§ 108—110, 127), jedoch in seiner Wirksamkeit von dem Eintritte einer der in der Vorschrift bezeichneten Umstände abhängig. Der Verfügende insbesondere ist an das Rechtsgeschäft gebunden. Mit dem Eintritte der Konvaleszenz erlangt das Rechtsgeschäft die volle beabsichtigte Wirksamkeit gegen Alle, woraus folgt, daß nunmehr der Berechtigte gegen den Dritten, zu dessen Gunsten der Nichtberechtigte verfügt hatte, nicht mehr vorgehen kann.

Genehmigung. Rückwirkung.

Auf die Genehmigung finden die Vorschriften des § 127 Anwendung. Sie wirkt hiernach insbesondere auf die Zeit zurück, in welcher die Abtretung erfolgt ist, jedoch unbeschadet der von Dritten in der Zwischenzeit durch Verfügungen des Genehmigenden an der Forderung erworbenen Rechte (§ 127 Abs. 4). In den beiden anderen Fällen der Konvaleszenz tritt diese ohne Rückwirkung in dem Zeitpunkte ein, in welchem der Erwerb oder die Beerbung stattfindet. Eine Bestimmung über den Vorzug ist für den zweiten und dritten Fall des § 310 zur Beseitigung von Zweifeln kaum zu entbehren; es unterliegt keinem Anstande, der früheren Abtretung den Vorzug einzuräumen (§ 310 Satz 2, § 876 Abs. 2 Satz 2). Im Falle der Konvaleszenz durch Genehmigung des Berechtigten sind ähnliche Zweifel nicht denkbar; wirksam wird diejenige Abtretung, welche von dem Gläubiger genehmigt wird; hat er genehmigt, so ist er nicht mehr Gläubiger.

§ 311.

Abtretung von Gehaltsansprüchen 2c.

Der § 311 schließt sich an die Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 § 6 und des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 § 45 an und verallgemeinert dieselben. Die einheitliche Regelung des Gegenstandes, somit die Ausdehnung jener Vorschriften auf Abtretungen der Landesbeamten, der Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten (C. P. O. § 749 Nr. 8) erschien unbedenklich[1]). Die Vorschrift hat die Sicherstellung der Kassenbeamten und die Ordnung der Kassenführung im Auge. Die auszahlende Kasse ist hiernach nicht verpflichtet, irgend eine Kenntniß von der Abtretung, eine mündliche Benachrichtigung des Gläubigers oder eine solche durch eine Privaturkunde 2c. zu berücksichtigen. Der abtretende Beamte 2c. hat vielmehr in einer Urkunde, welche auf öffentlichen Glauben Anspruch hat, die auszahlende Kasse von der erfolgten Abtretung zu benachrichtigen, so daß die betreffende Kasse, welche von jeder Prüfung der Abtretung selbst befreit sein soll, ohne solche Benachrichtigung die Auszahlung an den Zessionar zu weigern berechtigt ist. Hierzu genügt eine öffentlich beglaubigte Urkunde. Unter Beamten sind nach dem Sinne und Zwecke der Bestimmung nur öffentliche Beamte verstanden; maßgebend ist diesfalls das öffentliche Reichs- oder Landesrecht.

Benachrichtigung der Kasse.

---

[1]) Vergl. z. B. württemb. Beamtengesetz vom 28. Juni 1876 Art. 13.

§ 312.

Uebertragung und Pfändung anderer zessibeler Rechte.

Durch die Vorschrift des § 312, wonach die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen und über die Zulässigkeit der Pfändung von Forderungen (§ 296) auf die Uebertragung und Pfändung anderer veräußerlicher Rechte in Ermangelung besonderer Vorschriften entsprechende Anwendung finden, wird für solche veräußerungsfähigen Rechte, für welche nicht durch das bürgerliche Gesetzbuch oder neben demselben bestehende Gesetze in Ansehung der Art und Weise und der Form ihrer Uebertragung und deren Wirkung unter den Parteien und Dritten gegenüber besondere Vorschriften gegeben sind, eine augenscheinliche Lücke ausgefüllt (s. z. B. R. Ges. v. 11. Juni 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, § 3; R. Ges. v. 9. Januar 1876, betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, § 2; R. Ges. v. 10. Januar 1876, betr. den Schutz der Photographieen, § 7; R. Ges. v. 11. Januar 1876, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, § 3; R. Patentges. v. 25. Mai 1877 §§ 6, 19 Abs. 2). Ohne die Vorschrift würde, wenn auch die Veräußerlichkeit des Rechtes feststeht, ohne daß jedoch über die Art und Weise der Veräußerung bestimmt ist, sich insbesondere in Zweifel ziehen lassen, ob die Veräußerung im Wege eines formlosen, durch die Willensrichtung auf den unmittelbaren Uebergang von dem obligatorischen Rechtsgeschäfte sich unterscheidenden (dinglichen) Vertrages zu geschehen habe. Die Heranziehung der übrigen Vorschriften über die Uebertragung der Forderungen wird ferner, insoweit sie überhaupt wegen der Natur des veräußerlichen Rechtes, bei welchem ein Schuldner fehlt, nicht von der Anwendung ausgeschlossen sind, ein passendes Resultat ergeben. Dasselbe gilt von der Vorschrift über die Zulässigkeit der Pfändung von Forderungen.

Pfändung v. d. Ausübung nach übertragb. Rechten.

In dieser Beziehung kommen noch diejenigen Rechte in Betracht, welche zwar nicht veräußerlich sind, deren Ausübung aber einem Anderen überlassen werden kann. In Ansehung dieser Rechte bestimmt der Satz 2 des § 312 ergänzend, daß sie insoweit, als die Ausübung einem Anderen überlassen werden kann, auch der Pfändung (C. P. O. § 754) unterworfen seien, vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Ausnahmen, wie eine solche z. B. rücksichtlich der Rechte aus der ehelichen Nutznießung in § 1298 gemacht ist.

§ 313.

Genereller Abtretungsvertrag bei Vermögensübertragung 2c.

Durch § 313 wird bestimmt, daß, falls Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen (§ 350) oder eine ihm angefallene oder ihm übertragene Erbschaft (§ 488, § 500 Abs. 1), bezw. einen Bruchtheil des Vermögens oder der Erbschaft (§ 350, § 501) einem Anderen zu übertragen durch Vertrag oder aus einem anderen Rechtsgrunde verpflichtet ist, in Ansehung der Uebertragung aller zu dem Vermögen oder der Erbschaft gehörenden Rechte, zu deren Uebertragung gemäß §§ 293, 312 der (dingliche) Abtretungsvertrag (§ 294 Abs. 2) genügt, der generelle Abtretungsvertrag zulässig und genügend ist, um den Uebergang jener Rechte auf den Erwerber zu bewirken, und daß ein solcher allgemeiner Abtretungsvertrag auch die zur Zeit nicht bekannten, zu dem Vermögen gehörigen zessibelen Rechte ergreift. Im einzelnen Falle ist aber zu prüfen, ob die Parteien die gegenwärtige Abtretung gewollt haben oder nicht.

Der Entwurf stellt keine dispositive oder interpretative Rechtsnorm dahin auf, daß schon in dem zu der Vermögensübertragung verpflichtenden Rechtsgeschäfte die generelle Abtretung der zu dem Vermögen oder der Erbschaft gehörenden zessibelen Rechte enthalten sei, giebt aber auch keine Regel des entgegengesetzten Inhaltes, daß nämlich in dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte der erwähnte allgemeine Abtretungsvertrag nicht zu finden sei. Das Eine wie das Andere wäre bedenklich. Es kommt auf die Ermittelung des Parteiwillens an der Hand der Umstände des einzelnen Falles an. In diesem Sinne entspricht die Vorschrift einem praktischen Bedürfnisse.

Durch die ausdrückliche Zulassung des generellen Abtretungsvertrages mit der Maßgabe, daß eine Bezeichnung der einzelnen Rechte nicht erforderlich ist und auch die nicht bekannten Rechte eingeschlossen sind, wird an dem Karakter der Sondernachfolge, welche durch das Uebertragungsgeschäft bewirkt wird, nichts geändert. Dies folgt auch aus der Stellung des § 313 am Schlusse der Vorschriften über die Sondernachfolge in Forderungen[1]).

Die Vorschrift des § 313 wird u. A. insbesondere praktisch bei Verträgen, durch welche ein Vermögen oder ein Bruchtheil desselben von einem Vertragschließenden auf den Anderen gegen die Verpflichtung des letzteren zur Reichung einer Leibrente, einer Versorgung oder eines Leibgedinges übertragen wird.

II. Schuldübernahme.

§§ 314, 315.

Sondernachfolge in die Schuld.

Indem der Entwurf auch eine Sondernachfolge in die Schuld mit der Wirkung für rechtlich zulässig erklärt, daß an die Stelle des alten Schuldners ein neuer Schuldner unter wesentlicher Aufrechthaltung der Identität des Schuldverhältnisses tritt, trägt er nicht minder, als durch Anerkennung der Sondernachfolge in die Forderung, einem lebhaft empfundenen Bedürfnisse des Verkehres und ebenso häufigen als wichtigen Erscheinungen des Rechtslebens die gebührende Rechnung. Dem röm. Rechte war der Begriff einer Sukzession in die Schuld fremd. Ein vertragsmäßiger Wechsel in der Person des Schuldners konnte nur durch Novation herbeigeführt werden. Auf dem Boden des röm. Rechtes stehen in dieser Hinsicht noch der code civil Art. 1271, 1274, 1275—1277, 1279, das sächs. G. B. §§ 1003, 1005, das schweiz. Bd. Ges. Art. 142, 129, der hess. Entw. Art. 322, 326, 327 und der dresd. Entw. Art. 375, 379. Dagegen liegt schon in der Expromission des preuß. A. L. R. (I, 14 §§ 399 ff.) eine durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer herbeigeführte, aber allerdings auch nur durch solchen Vertrag zu erreichende Sukzession in die Schuld, wobei das Schuldverhältniß im Uebrigen, im Gegensatze zu der Novation in seiner Wesenheit erhalten bleibt (Entsch. des R. G. in Civils. II Nr. 72 S. 263); und auch den Bestimmungen des österr. G. B. (§§ 1345, 1400 ff.) über die „vollständige Anweisung" liegt ersichtlich der Gedanke einer Sondernachfolge in die Schuld zu Grunde. Der bayr. Entw. (Art. 159 ff.,

[1]) Vergl. §§ 489, 319, 350, 1038.

bayr. Mot. S. 102) hat die durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Schuldübernehmer mit Einwilligung des Gläubigers erfolgende Schuldübernahme als besonderes Institut aufgenommen. Von der Doktrin ist heutzutage die rechtliche Möglichkeit und Zulässigkeit einer Sondernachfolge in die passive Seite einer Obligation durch Rechtsgeschäft der Betheiligten wie ihre Unentbehrlichkeit für den Verkehr überwiegend anerkannt. Auch in der Praxis hat sich der Grundsatz der Sondernachfolge in die Schuld mehr und mehr Bahn gebrochen[1]). Der Entwurf kann sich der Nothwendigkeit, diesen Grundsatz nicht blos für einzelne Fälle, sondern allgemein anzuerkennen, nicht verschließen. Die Novation ist, auch sofern sie den Wechsel in der Person des Schuldners bezweckt, von dem Entwurfe als besonderes Institut nicht aufgenommen. Sie wird in dieser Richtung durch die Schuldübernahme in gewissem Sinne ersetzt. Aus den Bedürfnissen des Verkehres ist das Institut der Schuldübernahme herausgewachsen, und es ist die gesetzliche Ordnung desselben um so mehr geboten, als Doktrin und Praxis über verschiedene sich an es anknüpfende Fragen noch vielfach schwankend sind. Hierbei handelt es sich nicht um die Anerkennung einer Sondernachfolge in die Schuld ohne Einwilligung des Gläubigers. Die in der Schuldübernahme liegende Sondernachfolge ist ohne solche Einwilligung nicht möglich, weil durch die Einrückung eines neuen Schuldners in die Obligatian an die Stelle des alten in die Interessen des Gläubigers ganz erheblich eingegriffen wird. Dagegen ist die Einwilligung des Schuldners, welcher zufolge der Uebernahme der Schuld an seiner Stelle seitens eines Dritten aus dem Schuldverbande austreten soll, an sich nicht erforderlich, wenn auch im praktischen Leben allerdings in der Mehrzahl der Fälle die Schuldübernahme sich mit Hülfe eines Vertrages zwischen dem Schuldner und Schuldübernehmer vollzieht. In der gesetzlichen Anerkennung und Regelung eines zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer abgeschlossenen, auf den Eintritt des Uebernehmers als Schuldners an Stelle des bisherigen Schuldners gerichteten Vertrages liegt der Schwerpunkt wie der neuen Doktrin so auch der Vorschriften des Entwurfes.

Einwilligung des Gläubigers, des Schuldners.

Der in §§ 314, 315 geregelte Vertrag ist auf unmittelbaren Uebergang der Schuld von dem alten Schuldner auf den neuen Schuldner gerichtet, nicht auf Begründung einer persönlichen Verpflichtung zur Schuldübernahme. Er ist, wie die Abtretung, Veräußerungsvertrag, sog. dinglicher Vertrag und als solcher formfrei. Der Entwurf (§ 315) folgt nicht derjenigen auch in der Praxis (Entsch. d. R. G. in Civils. VII Nr. 141 S. 131) vertretenen Auffassung von dem zwischen dem alten und neuen Schuldner geschlossenen Schuldübernahmevertrage, wonach derselbe ein pactum in favorem tertii, nämlich des Gläubigers (§§ 412 ff.), enthalte. Diese Auffassung mag mit einigen Vortheilen verbunden sein, sofern die Vorschriften über das pactum in favorem tertii mit den nöthigen Modifikationen für anwendbar erklärt werden könnten. Doch erscheint es bedenklich, in einem derartigen Vertrage eine Bestimmung in favorem des Gläubigers zu finden, da dieser ein Recht gegen den neuen

Rechtliche Natur d. Vertrages; zwischen altem und neuem Schuldner;

[1]) Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 142, II Nr. 72, VII Nr. 64; Entsch. d. vormal. R. O. H. G. VIII Nr. 27.

Schuldner nur unter eigener Mitwirkung und Aufgabe seiner Rechte gegen den alten Schuldner erlangen kann und soll. Nur wenn der alte und der neue Schuldner vereinbaren, der neue Schuldner solle neben dem alten Schuldner haften, würde die Annahme eines pactum in favorem tertii unbedenklich erscheinen. Allein eine solche Vereinbarung schließt gerade den Fall der Sondernachfolge aus. Weiter nöthigte die Regelung nach Maßgabe der Grundsätze über das pactum in favorem tertii zu der Annahme, das Recht des Gläubigers gegen den neuen Schuldner sei ein anderes, als das bisherige Gläubigerrecht, und von diesem objektiv verschieden, womit wiederum das Prinzip der Sondernachfolge preisgegeben wäre und nur noch auf künstlichem, wenig befriedigendem Wege gewahrt werden könnte. Allein angemessen ist die Regelung des fraglichen Vertrages an der Hand der in der Doktrin vorherrschenden Auffassung, wonach derselbe, wie die dingliche Verfügung über das Gut eines Anderen seitens eines nichtberechtigten Dritten, einen Dispositionsakt über ein fremdes Vermögensrecht enthält. Auch diese Regelung gestattet den Anschluß an andere verwandte Vorschriften. Der zwischen dem alten und dem neuen Schuldner abgeschlossene Uebernahmevertrag ist demgemäß nur in Ansehung seiner

Genehmigung d. Gläubigers: a) Begriff;

Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger für abhängig erklärt von der Genehmigung des Gläubigers (§ 127), wie die Wirksamkeit der Forderungsabtretung seitens eines Nichtberechtigten abhängig ist von der Genehmigung des Gläubigers (§ 310). Hiermit ist von dem Entwurfe zugleich diejenige Anschauung zurückgewiesen, welche in dem Vertrage zwischen dem alten und dem neuen Schuldner oder in der Notifikation dieses Vertrages an den Gläubiger eine (Kollektiv-) Offerte an den letzteren zum Beitritte zu dem Vertrage erblickt. Die Genehmigung des Gläubigers ist vielmehr ein einseitiges

b) Voraussetzung: Benachrichtigung vom Vertrage;

selbständiges Rechtsgeschäft desselben, wie im Falle des § 310. Es ist aber keine nothwendige Folge des Prinzipes und wäre bedenklich, dem Gläubiger das Recht zur Genehmigung, auch ohne daß ihm von dem Vertrage durch die Vertragschließenden Mittheilung gemacht worden, zu ertheilen (bayr. Ges. v. 29. Mai 1886 Art. 2 Ziff. 2). In vielen Fällen wird ein solches unbeschränktes Zugriffsrecht des Gläubigers dem Willen der Vertragschließenden keineswegs entsprechen. Sehr häufig wird denselben nichts ferner liegen als die Absicht, dem Gläubiger das Recht beizulegen, durch eine von ihnen gar nicht veranlaßte Genehmigung in das zwischen ihnen beredete Vertragsverhältniß einzugreifen und ihrem Rechte zur nachträglichen Aenderung oder Aufhebung des Vertrages zu präjudiziren. Die Vertragschließenden könnten auch durch das unbeschränkte Zugriffsrecht des Gläubigers in große Ungelegenheiten gerathen, z. B. wenn sie in Unkenntniß von der ertheilten Genehmigung den Vertrag unter sich wieder aufhöben oder änderten. Nicht minder käme selbst der Gläubiger in eine mißliche Lage, wenn er zu einer Zeit genehmigte, in welcher der Vertrag, ohne daß er davon Kenntniß hatte, bereits wieder aufgehoben oder abgeändert war (bayr. Entw. Art. 160 Abs. 1). Lehnt der Gläubiger auf die seitens des einen oder des anderen Vertragschließenden an ihn ergangene Notifikation von dem Vertrage die Genehmigung ab, so ist ihm auch die Befugniß zu versagen, dieselbe nachträglich gleichwohl zu ertheilen. Vielmehr ist sein Recht nachträglicher Genehmigung dadurch bedingt, daß er zu derselben (aufs Neue)

aufgefordert wird (bayr. Entw. a. a. O.). Daraus, daß der Entwurf die Wirksamkeit der zwischen dem Schuldner und dem Schuldübernehmer abgeschlossenen Schuldübernahme auf Grund des der Vorschrift des § 310 zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzipes der Konvaleszenz von der Genehmigung des Gläubigers abhängig macht, folgt, daß die sofortige volle Wirksamkeit eines zwischen den genannten Personen mit vorheriger oder gleichzeitiger Einwilligung des Gläubigers abgeschlossenen Schuldübernahmevertrages nicht zu bezweifeln wäre (§ 127).

c) Wirkung auf den Vertrag;

Das Erforderniß der Genehmigung des Gläubigers hat, wie aus dem Bisherigen erhellt, nicht die Bedeutung, daß der zwischen dem Schuldner und dem Schuldübernehmer abgeschlossene Vertrag auch hinsichtlich seiner Wirksamkeit unter den Vertragschließenden oder gar hinsichtlich seiner Gültigkeit hiervon abhängig wäre. Zwischen den Vertragschließenden ist der Schuldübernahmevertrag sofort mit seinem Abschlusse gültig und wirksam. Die Schuld ist im Verhältnisse der Vertragschließenden als vom Schuldner auf den Uebernehmer übergegangen anzusehen. Es fehlt dem Vertrage nur zu seiner Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger, somit zu seiner vollen von den Vertragschließenden intendirten Perfektion, noch die Genehmigung des Gläubigers. Erst mit der Genehmigung des Gläubigers gilt demgemäß auch z. B. bei Uebernahme einer Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis (§ 318 Abs. 2) der letztere zum entsprechenden Theile als bezahlt. Die sofortige Wirksamkeit unter den Vertragschließenden zeigt sich darin, daß der Uebernehmer dem Schuldner verpflichtet ist, diesem die zur Liberirung führende Genehmigung des Gläubigers zu beschaffen und zwar sofort zu beschaffen, und nicht etwa damit zu zögern, bis der Gläubiger seine Rechte gegen den älteren Schuldner geltend macht oder geltend machen könnte (§ 315 Abs. 1 Satz 1, 2, 4). Auf die Verpflichtung des Uebernehmers zur Verschaffung der Genehmigung des Gläubigers findet die Bestimmung in § 348 Abs. 2 Anwendung. Der Gläubiger kann den zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Vertrag selbstverständlich nur so genehmigen, wie er abgeschlossen worden ist; insbesondere kann er nicht etwa zwar den Uebernehmer als neuen Schuldner annehmen, daneben aber den alten Schuldner festhalten wollen. Eine solche Genehmigung wäre unwirksam. In der wirksamen Genehmigung liegt die Entlassung des alten Schuldners. Bevor er genehmigt hat, kann der Gläubiger den Uebernehmer nicht als seinen Schuldner in Anspruch nehmen, es sei denn, daß in der Inanspruchnahme die Genehmigung zu finden wäre. So lange er nicht genehmigt hat, kann er noch den alten Schuldner als seinen Schuldner behandeln. Bis zur Ertheilung der Genehmigung können aber die Vertragschließenden durch neuen Vertrag willkürlich den zwischen ihnen geschlossenen Uebernahmevertrag aufheben oder ändern. Einseitig kann dagegen keiner derselben willkürlich zurücktreten. Auch der Gläubiger könnte, die Notifikation vorausgesetzt, den Vertrag, ungeachtet des einseitigen willkürlichen Rücktrittes des alten Schuldners oder des Uebernehmers, mit voller Wirksamkeit genehmigen (§ 315 Abs. 1 Satz 2, 3).

d) Verweigerung.

Dem Interesse der Vertragschließenden, denen daran liegen muß, über die Absicht des Gläubigers nicht auf unbestimmte Zeit im Ungewissen zu bleiben, dient die Vorschrift in § 315 Abs. 2 Satz 3, daß es als Verweigerung der

Genehmigung gilt, wenn dem Vertragschließenden, welcher dem Gläubiger von dem Vertrage Mittheilung gemacht und zur Erklärung eine Frist gesetzt hat, innerhalb der festgesetzten Frist eine bestimmte und ausdrückliche Erklärung des Gläubigers nicht zukommt (§ 74 Abs. 1), sowie, daß die Genehmigung sowie deren Verweigerung nach Beginn der Frist nur gegenüber dem Mittheilenden erklärt werden kann. Einer derart ernsten Aufforderung entspricht hier, wie in anderen ähnlichen Fällen (§ 65 Abs. 5, § 123 Abs. 3, §§ 1288, 1300), die Pflicht zur rechtzeitigen, ausdrücklichen und unzweideutigen Erklärung gegenüber dem Auffordernden, sowie das Präjudiz der Verweigerung der Genehmigung. Die Wirksamkeit einer vor der Fristsetzung von dem Gläubiger erklärten Genehmigung oder Verweigerung wird durch die nachträgliche Fristsetzung nicht aufgehoben; desgleichen bestimmt sich die Erklärung des Gläubigers auf eine ohne Fristsetzung ergangene Aufforderung nach den allgemeinen Grundsätzen. In Ansehung der Wirkung der erfolgten Genehmigung ist die Vorschrift des § 127 Abs. 4 maßgebend.

Eine Begrenzung der Zulässigkeit der Schuldübernahme in Ansehung der Beschaffenheit der geschuldeten Leistung bedarf es im Gesetze nicht. Es versteht sich insbesondere von selbst, daß Schulden, welche an die Individualität des Schuldners geknüpft sind (§ 226), nicht übertragen werden können.

Die Frage, ob eine Schuldübernahme auf das Kapital beschränkt ist oder auch auf Nebenforderungen, z. B. fällige Zinsen, sich bezieht, ist als Thatfrage der Entscheidung des einzelnen Falles zu überlassen.

§ 316.

Einwendungen des Schuldübernehmers.

Aus dem Prinzipe der Sondernachfolge folgt, daß, gleichwie der Schuldner bei der Forderungsübertragung gegen den neuen Gläubiger, so bei der Schuldübernahme der neue Schuldner gegen den Gläubiger zu allen Einwendungen befugt ist, welche an der Forderung haften, mit Ausschluß der höchst persönlichen Einreden, und daß der Schuldübernehmer außerdem zu den nur das Verhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger betreffenden Einwendungen befugt sein muß. Der Entwurf spricht im Anschlusse an die Bestimmung des § 302 nur die erwähnte Beschränkung aus (§ 316 Satz 1), weil sich die Regel aus dem Prinzipe ergiebt und durch die Beschränkung bestätigt wird (vergl. bayr. Entw. Art. 162). Es liegt hierin zugleich ausgesprochen, daß in der Schuldübernahme für sich ein verpflichtendes Anerkenntniß der Schuld oder ein besonderes Schuldversprechen des Uebernehmers dem Gläubiger gegenüber nicht liegt (vergl. § 683). Aus dem Prinzipe der Sondernachfolge und der juristischen Natur der Aufrechnung (§§ 281, 282) folgt ferner, daß der Schuldübernehmer Forderungen, welche dem bisherigen Schuldner zustehen, dem Gläubiger gegenüber nicht zur Aufrechnung bringen kann (§ 316 Satz 2). Auf eine zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner vor der Schuldübernahme schon vollzogene Aufrechnung könnte sich dagegen der Schuldübernehmer selbstverständlich berufen. Der Gläubiger muß sich auch alle Einwendungen gefallen lassen, welche der Schuldübernehmer aus dem dinglichen Vertrage herzuleiten vermag, vor Allem die Geltendmachung der Ungültigkeit

dieses Vertrages. Dies gilt insbesondere auch im Falle des § 315, selbst dann, wenn der Schuldübernehmer dem Gläubiger die Mittheilung von der zwischen ihm und dem früheren Schuldner vereinbarten Schuldübernahme gemacht oder ihn zur Genehmigung aufgefordert hat. Dagegen kann der Schuldübernehmer aus dem Rechtsgrunde der zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner vereinbarten Schuldübernahme keinerlei Einwendungen gegen den Gläubiger herleiten, z. B. wenn der dingliche Uebernahmevertrag in der irrthümlichen Voraussetzung eines zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer bestehenden, die Verpflichtung zur Uebernahme begründenden Rechtsgeschäftes geschlossen wurde. Die solchenfalls aus der condictio indebiti erfließende Einrede ist dem Schuldübernehmer dem Gläubiger gegenüber versagt. Der Rechtsgrund einer solchen Schuldübernahme ist eine den Gläubiger nicht berührende, fremde Angelegenheit (§ 316 Abs. 3).

§ 317.

Neben- und Vorzugsrechte.

Das Prinzip der Sondernachfolge in die Schuld erheischt an sich, alle zur Verstärkung dienenden Nebenrechte fortdauern zu lassen. Allein die Regel leidet verschiedene Ausnahmen. Der Bürge leistet die Bürgschaft gewöhnlich nur unter Würdigung der Person und der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Tritt an dessen Stelle in Folge des Schuldübernahmevertrages eine andere Person, so würde die Haftung des Bürgen, wenn sie fortbestehen sollte, eine andere als die von ihm übernommene. In einer solchen Veränderung des Schuldners ist daher eine die Bürgschaft erledigende Thatsache zu finden, es müßte denn einmal die Bürgschaft ohne Rücksicht auf die Person des Schuldners geleistet sein. Aehnlich ist das von einem Dritten bestellte Pfandrecht zu beurtheilen. Nur muß ein solches auch dann fortdauern, wenn zu der Zeit der Schuldübernahme der Gegenstand des Pfandrechtes dem bisherigen Schuldner gehört. Unter dieser Voraussetzung fehlt es an einem Anlasse, die durch die Konsequenz gebotene Regel von der Anwendung auszuschließen. Wie sich auch aus der Fassung des Abs. 1 Satz 2 ergiebt, hat erforderlichenfalls der Gläubiger zu beweisen, daß ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Schuldners die Bürgschaft geleistet oder das Pfand bestellt worden ist oder daß der Gegenstand des Pfandrechtes zur Zeit der Schuldübernahme dem Schuldner rechtlich zugehörte. Eine weitere Ausnahme von der Regel (Abs. 1 Satz 1) statuirt der Entwurf in Abs. 2 in Ansehung der zur Zeit der Schuldübernahme mit der Forderung verbundenen bloßen Vorzugsrechte, deren Fortdauer sich nicht mit der zwingenden Natur der die Rangordnung der Gläubiger bestimmenden Rechtsnorm verträgt. Dem Schuldübernehmer kann das Recht nicht zugestanden werden, durch Rechtsgeschäfte in die Rangordnung einzugreifen, welche für seine Gläubiger durch Gesetz mit zwingender Wirkung bestimmt ist.

§ 318.

Erfüllungsübernahme. a) Unterschied von Schuldübernahme.

Wenn zwischen dem Schuldner und einem Dritten ein Vertrag geschlossen wird, welcher nicht eine Schuldübernahme bezweckt oder enthält, durch welchen

vielmehr der Dritte sich dem Schuldner gegenüber nur verpflichtet, dessen Gläubiger zu befriedigen (Erfüllungsübernahme), so erhebt sich die in der Praxis bestrittene Frage, zu welcher Leistung der Dritte durch einen solchen Vertrag dem Schuldner verpflichtet wird, ob dazu, den Schuldner sofort dem Gläubiger gegenüber außer Haftung zu setzen, seine Exnexuation zu bewirken, oder ob ihm nur obliege, dafür einzustehen, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nehme. Zur Hebung der Zweifel ist eine interpretative Rechtsnorm erforderlich, welche der Entwurf (Abs. 1 Satz 1) dahin aufstellt, daß der Dritte dem Schuldner nur dafür haftet, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt. Für diese Entscheidung spricht in einem solchen Falle, wo ein Vertrag lediglich obligatorischen Karakters in Frage steht, schon die Erwägung, daß die Befreiung des Schuldners bei dem Fortbestehen der Verbindlichkeit die Genehmigung des Gläubigers erheischt, durch welche sich eine Schuldübernahme vollziehen würde (§ 315)[1]. Oft giebt jedoch der zwischen dem Schuldner und dem Dritten abgeschlossene Vertrag dem Zweifel Raum, ob eine Schuldübernahme oder nur eine Erfüllungsübernahme beabsichtigt ist. Der Entwurf (Abs. 1 Satz 2) stellt diesfalls die Vermuthung für die Erfüllungsübernahme auf, da diese gegenüber der Schuldübernahme (§ 315 Abs. 1) dem Dritten die geringeren Verpflichtungen auferlegt. Ob bei einer Erfüllungsübernahme auch dem Gläubiger gegen den Dritten ein Anspruch auf die Bewirkung der Leistung zusteht, ist eine an der Hand der Vorschriften der §§ 412 ff. zu entscheidende Thatfrage.

b) Vermuthung für Erfüllungsübernahme.

Uebernahme einer Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis.

Der zweite Absatz hat den besonderen Fall im Auge, wenn bei einem Kaufvertrage zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart wird, daß der letztere eine Verbindlichkeit, für welche der Verkäufer persönlich haftet, in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen habe. Der Entwurf schließt sich bei der Regelung des Falles an die Vorschriften in § 315, § 318 Abs. 1 an mit der Dispositivbestimmung, daß zwischen dem Verkäufer und dem Käufer eine von der Genehmigung des Gläubigers abhängige Schuldübernahme, in Ermangelung dieser Genehmigung, bezw. so lange diese in suspenso ist, eine Erfüllungsübernahme als vereinbart anzusehen sei. Eine Regelung der Frage ist zunächst für den Fall der Veräußerung eines hypothekarisch belasteten Grundstückes dringendes Bedürfniß, wie die für weite Rechtsgebiete ergangenen Gesetze zeigen (s. sächs. G. B. § 432, preuß. Ges. über den Eigenthumserw. und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 § 41, bayr. Hypoth. Ges. vom 1. Juni 1822 § 56, verglichen mit bayr. Ges. vom 29. Mai 1886 Art. 2 Ziff. 2). Wenn das Gesetzbuch schwiege, so ständen die Vorschriften der §§ 314—318 Abs. 1 bezw. der §§ 412—416 über das Versprechen der Leistung an einen Dritten in Frage, wenn und soweit der Thatbestand zur Anwendung dieser Vorschriften im einzelnen Falle gegeben wäre. In zahlreichen Fällen bliebe hierbei die Intention der Parteien im Dunkelen; Verwickelungen und Prozesse wären die unausbleibliche Folge. Bei der Regelung ist davon auszugehen, daß ein direkter oder indirekter Zwang gegen den Gläubiger, anstatt seines bisherigen Schuldners den neuen Eigenthümer des Grundstückes als persönlichen Schuldner

[1] Vergl. § 495; sächs. G. B. §§ 1402, 1403.

anzunehmen, etwa nach dem Vorgange des erwähnten preuß. Gesetzes oder auch nur des neuen bayr. Gesetzes (durch Anknüpfung des Präjudizes der Genehmigung an das Schweigen des Gläubigers), nicht begründet ist; ein praktisches Bedürfniß für eine anomale, die Rechtsstellung des Gläubigers beeinträchtigende positive Vorschrift ist nicht anzuerkennen. Allerdings kann der Veräußerer in eine schlimme Lage gerathen, wenn er noch nach Jahren, vielleicht erst, nachdem ein mehrmaliger Wechsel in der Person des Eigenthümers eingetreten und seine persönliche Haftung längst in Vergessenheit gerathen ist, als Schuldner in Anspruch genommen wird. Dies kann aber nicht aus dem Grunde, weil dem Schuldner die Möglichkeit fehle, nach der Veräußerung des Grundstückes die Verhältnisse desselben zu kontroliren oder zu beeinflussen, als Unbilligkeit bezeichnet werden. Das Gesetz, welches dem Gläubiger die Forderung erhält, ist nicht unbillig gegen den Schuldner. In Wirklichkeit hat auch nur dieser selbst seine übele Lage sich zuzuschreiben. Ein vorsichtiger Mann, welcher Anstand nimmt, nach der Veräußerung des Grundstückes seine persönliche Haftung gegen die Hypothekengläubiger fortdauern zu lassen, wird nicht zur Veräußerung schreiten, ohne sich vorher mit denselben zu verständigen. Weigern sich die Gläubiger, an Stelle des Veräußerers den Erwerber als Schuldner anzunehmen, so kann die Forderung gekündigt und einem anderen Kapitalisten, welcher sich mit der Haftung des neuen Gläubigers begnügt, abgetreten werden. Fände sich aber unter dieser Voraussetzung kein Zessionar, so läge hierin der Beweis, daß die Hypothek nicht für sicher gehalten, bezw. Bedenken gegen die wirthschaftliche Behandlung des Grundstückes durch den Erwerber desselben gehegt werden, und für derartige Fälle hat die Gesetzgebung keine Veranlassung, dem Schuldner die Befreiung von der Schuld zu erleichtern. In anderen Fällen aber, in welchen Grundstücke lediglich zum Zwecke der Bebauung und demnächstiger Weiterveräußerung erworben und mit Hypotheken belastet werden, handelt es sich um Spekulationsgeschäfte, zu deren Regelung besondere Vorschriften um so weniger nöthig sind, als der Bauunternehmer nicht selten den Kapitalisten, welcher das Geld gegen Hypothek vorstreckt, an der Spekulation Theil nehmen läßt und deshalb auch in der Lage ist, sich auszubedingen, daß er im Falle der Veräußerung aus dem der Hypothek zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse ausscheidet. Die betreffenden Bestimmungen des preuß. Gesetzes können nicht ausschlaggebend sein für die Aufnahme von Vorschriften, welche die Befreiung des bisherigen Schuldners ohne den Willen des Gläubigers erleichterten. Sie sind Veranlassung zu zahlreichen Prozessen gewesen, und es ist mindestens fraglich, ob sie sich praktisch bewährt und nicht größere Uebelstände herbeigezogen, als beseitigt haben. Der § 41 des preuß. Gesetzes erklärt sich zudem nach seiner Entstehungsgeschichte aus der Auffassung, daß die Uebernahme von Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Uebereinkunft zu Gunsten eines Dritten enthalte, aus welcher der Dritte, hier der Gläubiger, zwar nicht vom Standpunkte des preuß. A. L. R., aber nach der neueren gemeinrechtlichen Doktrin unmittelbar gegen den Uebernehmer sofort ein persönliches Klagerecht erwerben müsse. Diese Auffassung wurde als zweckmäßige Vereinfachung des bisherigen Rechtes beifällig aufgenommen, jedoch aus billiger

Rücksicht auf die Lage des Schuldners nur in Verbindung mit einer Regelung des Verhältnisses, welche die Befreiung des Schuldners von der Schuld als Korrelat der Begünstigung des Gläubigers ermöglicht. Allein jene Auffassung ist nicht haltbar. Der Zweck einer Vereinbarung des fraglichen Inhaltes ist regelmäßig der ausschließliche Vortheil der Vertragschließenden: der Veräußerer will von der Schuld frei werden und der Erwerber nimmt sie auf sich, um nicht den entsprechenden Theil des Preises baar berichtigen zu müssen. Hierin liegt keine Begünstigung des Gläubigers. Der Wille der Vertragschließenden geht in den Regelfällen, wie für ihr Verhältniß, so gegenüber dem Gläubiger, dahin, daß der Erwerber der persönliche Schuldner des Gläubigers werden solle, wenn der letztere den Veräußerer aus der persönlichen Haftung entlasse, also auf einen Schuldübernahmevertrag, aus welchem der Gläubiger nur berechtigt wird und werden soll, wenn er auf Denunziation die Schuldübernahme genehmigt (§ 315). Daneben kann dem Gläubiger das Recht, auf Grund des Vertrages ohne Befreiung des Veräußerers den Erwerber als persönlichen Schuldner in Anspruch zu nehmen, nach den Grundsätzen der Verträge zu Gunsten Dritter (§§ 412 ff.) nur dann beigelegt werden, wenn eine derartige besondere Begünstigung des Gläubigers in concreto als gewollt erhellt.

Verpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer.

Im Verhältnisse der Vertragschließenden zu einander wäre es gleichwohl bedenklich, in Konsequenz des § 315 den Erwerber zur Beschaffung der sofortigen Befreiung des Veräußerers zu verpflichten. Hierzu ist der Käufer mitunter gar nicht, oft nur gegen schwere Opfer im Stande. In der That haben die Parteien allerdings die Schuldübernahme bezweckt. So lange aber die perfekte Schuldübernahme in suspenso ist, entspricht es der regelmäßigen Parteiintention, daß es im Verhältnisse unter ihnen bei der Erfüllungsübernahme und deren Wirkungen sein Bewenden behalte (§ 318 Abs. 1). Hat der Gläubiger die Schuldübernahme genehmigt, was von seinem freien Willen abhängt (§ 315), so treten die Wirkungen der Schuldübernahme definitiv ein; der Verkäufer scheidet als Schuldner aus, der Käufer tritt als solcher ein. Selbstverständlich kann der Gläubiger auch hier die Uebernahme nur so und mit den Modalitäten genehmigen, wie die Parteien solche vereinbart haben. Bei der Uebernahme von Hypothekenschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis wird der Uebernahmevertrag selbst so zu verstehen sein, daß der Käufer nur für den Fall des wirklichen Erwerbes und nicht vorher, als Erwerber, dem Gläubiger persönlich zu haften habe. Nähme der Gläubiger vor dem Erwerbe auf Grund einer schon vorher erfolgten Denunziation des Verkäufers den Käufer in Anspruch, so hätte der letztere hiernach gegen die Klage des Gläubigers eine Einrede aus dem Uebernahmevertrage. — Es liegt übrigens kein Grund vor, die Vorschrift auf die Uebernahme von Hypotheken zu beschränken. Sie ist Bedürfniß und paßt vielmehr für alle Fälle, wo bei einem Kaufvertrage oder einem dem Kaufvertrage gleich zu beurtheilenden Vertrage die Vertragschließenden vereinbaren, daß der Käufer eine Forderung, für welche der Verkäufer persönlich haftet, in Anrechnung auf den Erwerbspreis zu übernehmen habe. Für andere Fälle als diejenigen, wo die Uebernahme in Anrechnung auf den Erwerbspreis erfolgt, ist dagegen ein Bedürfniß zu besonderen Vorschriften nicht anzuerkennen.

§ 319.

Vertragsmäßige Vermögensübernahme.

Eine besondere Bestimmung erheischt der Fall, wenn Jemand durch Vertrag (unter Lebenden) das ganze gegenwärtige Vermögen eines Anderen oder einen Bruchtheil dieses Vermögens (§ 350 Abs. 2) übernimmt, bezüglich der Frage der Haftung des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern des Uebergebenden. Dem Standpunkte des röm. Rechtes entspricht es, daß die Gläubiger des Uebertragenden keine unmittelbaren Rechte gegen den Erwerber erlangen. Die neuere Gesetzgebung hat die Frage fast durchweg nur für gewisse Verträge zu lösen versucht, nämlich, abgesehen von dem Kaufe einer Erbschaft, welcher in dem Entwurfe (§§ 488 ff., 500) auch rücksichtlich der Schuldenhaftung des Erwerbers besonders geordnet ist, für die Schenkung eines Vermögens (Entsch. des vorm. R. O. H. G. XIII Nr. 122; hess. Entw. Art. 107, 108; bayr. Entw. I Art. 105, 106; dresd. Entw. Art. 508—510), für den Vitalizien- und Alimentenvertrag (s. Anhang § 19 zu § 646 I, 11 preuß. A. L. R.), für Vermögensübergabe überhaupt (s. württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 41, 234 und Pfandentwickelungsges. v. 21. Mai 1828 Art. 54—62). In der Doktrin des gemeinen Rechtes ist die Frage, ob der Erwerber des Vermögens, abgesehen von einer durch den Gläubiger genehmigten Schuldübernahme, den Gläubigern direkt persönlich hafte, noch streitig. Doch neigt die moderne Auffassung dahin, daß den Gläubigern eine direkte Klage gegen den Uebernehmer auf Bezahlung der Schulden aus dem übertragenen Vermögen zu gewähren sei. Diese Auffassung hat auch in der Spruchpraxis vielfach Eingang gefunden. Sie entspricht einem wirklichen Verkehrsbedürfnisse. Der Entwurf (§ 319) folgt derselben, indem er für alle Fälle, wo, abgesehen von vertragsmäßiger Uebernahme einer Erbschaft (§§ 488 ff.), auf Grund eines Vertrages das ganze (gegenwärtige) Vermögen oder ein Bruchtheil desselben auf einen Anderen übertragen wird, bestimmt, daß der Uebernehmer, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Uebertragenden (§§ 321 ff.), den Gläubigern des letzteren von der Zeit des Abschlusses des Vertrages an für die zu dieser Zeit vorhandenen Schulden, jedoch nicht über den Werth des Aktivvermögens hinaus, direkt und persönlich hafte. Es liegt kein Grund vor, diese Bestimmung auf gewisse Verträge zu beschränken. Der Entwurf erkennt insoweit eine, obwohl besonders gestaltete, Art von Universalsukzession in die Passiva auch als Folge eines Rechtsgeschäftes inter vivos an, obwohl der Uebergang des Aktivvermögens sich lediglich durch Singularsukzession (vergl. § 313) vollzieht. Diese Haftung knüpft das Gesetz unmittelbar an den Vertrag selbst.

Haftung des Uebernehmers für die Schulden: a) neben dem Uebertragenden,

Von der gesetzlichen direkten Haftung sind gefährliche Verwickelungen nicht zu fürchten. Die Regel wird ohnedies sein, daß das Vermögen zur Deckung der Schulden mehr als genügt. Der Entwurf knüpft hiernach die unmittelbare Haftung des Uebernehmers nicht an den Empfang des Vermögens bezw. an den Empfang ohne Zurückbehaltung der zur Schuldentilgung erforderlichen Mittel, sondern an den Abschluß des Vertrages, welcher der Uebergabe zu Grunde liegt. Zur Vermeidung von Verwickelungen und um zu einem einfachen und klaren Rechtszustande zu gelangen, ist dies dringend

b) von Abschluß des Vertrages an,

geboten. Die Rechtslage des Uebernehmers wird dadurch nicht ungebührlich beschwert, da derselbe die Ausfolgung des Vermögens bezw. der zur Schuldentilgung erforderlichen Mittel von dem Uebergabeverpflichteten zu fordern befugt ist und sich genügend vorzusehen vermag. Der Entwurf erkennt hiernach insbesondere nicht an, daß bei einer auf Schenkung beruhenden Vermögensübergabe der Beschenkte gegenüber dem Schenker nur auf den nach Abzug des zur Schuldentilgung erforderlichen Betrages verbleibenden Theil des Vermögens Anspruch habe (dresd. Entw. Art. 508, hess. Entw. Art. 107, bayr. Entw. Art. 105). Der Satz „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno" ist — wenn man auf den ökonomischen Erfolg sieht — ganz richtig, rechtfertigt aber jene Konsequenz nicht. Erfahrungsgemäß geht vielmehr die Parteiintention meist dahin, daß der Beschenkte das ganze Aktivvermögen erhalte und aus den Mitteln desselben die Schulden zu tilgen habe (s. dagegen §§ 1040, 1043). Auch bei gegentheiliger Parteiintention aber würde bei einer wirklichen Vermögensübernahme an der gesetzlichen Haftung des Uebernehmers nichts geändert. Diese Haftung kann überhaupt durch Vereinbarung der Parteien nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 319 Abs. 3), was zur Erreichung des mit Aufstellung der gesetzlichen Schuldenhaftung des Uebernehmers verfolgten Zweckes unumgänglich nothwendig ist.

c) Ausschließung durch Parteivereinbarung.

d) Umfang.

Die Haftung ist nicht nur beschränkt auf den Werth des Aktivvermögens (pro viribus), sondern sie mindert sich auch um den Betrag desjenigen, was vor der Ausfolgung des Vermögens an den Uebernehmer ohne Verschulden desselben verloren gegangen ist. Es wäre unbillig, demselben die etwaige zufällige Verminderung des Vermögens zur Last zu legen. Der Uebernehmer kann sich hiernach den Gläubigern gegenüber im Wege der Einrede auf solche Minderung des Vermögens berufen. Vermögenstheile aber, welche sich noch bei dem zur Uebergabe verpflichteten Theile befinden, auf deren Herausgabe der Uebernehmer also Anspruch hat, gelten in Ansehung der Haftung des letzteren selbstverständlich den schon übergebenen Theilen gleich.

Zu verhältnißmäßiger Befriedigung der Gläubiger ist der Uebernehmer nicht verpflichtet. Nicht gerechtfertigt wäre es, dem Erwerber eine Inventarpflicht aufzuerlegen und an die Nichtaufnahme die Rechtsfolge unbeschränkter Haftung zu knüpfen (hess. Entw. Art. 108, bayr. Entw. Art. 106, dresd. Entw. Art. 509).

Bezüglich der etwaigen Verpflichtung des Uebernehmers gegenüber dem Veräußerer zur Bezahlung der Schulden gilt nichts Besonderes; es kommt auf die Vereinbarung an (§§ 315, 318).

Die Frage, ob für den Fall der Uebernahme eines Handelsgeschäftes mit den Schulden besondere Bestimmungen erforderlich sind, bleibt bis zu der Revision des H. G. B. ausgesetzt.

Fünfter Titel.

Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern.

§ 320.

Nach röm. und gemeinem Rechte, wie nach älterem deutschen Rechte gilt, wenn bei einem Schuldverhältnisse mehrere Gläubiger einem Schuldner oder ein Gläubiger mehreren Schuldnern oder mehrere Gläubiger mehreren Schuldnern gegenüberstehen, bei Theilbarkeit der Leistung als Regel die Getheiltheit der Schuld bezw. der Forderung, und auf demselben Standpunkte stehen das österr. G. B. §§ 888, 889, der code civil Art. 1202, 1220, das sächs. G. B. §§ 663, 1020, 1021, das schweiz. Bd. Ges. Art. 162, 169, der hess. Entw. I Art. 5, 6, der bayr. Ent. Art. 220, 221, 222, sowie der dresd. Entw. Art. 12, 13. Nur das preuß. A. L. R. I, 5 §§ 424, 425 hat allgemein wenigstens für Verträge die passive Korrealität zur Regel erhoben. Bezüglich des Verhältnisses mehrerer Berechtigten aus einem Vertrage nimmt das preuß. A. L. R. eine Sonderstellung ein, indem die mehreren Vertragsgläubiger die Leistung nur gemeinschaftlich sollen fordern dürfen (I, 5 § 450).

I. Antheilsweise Berechtigung und Verpflichtung. a) Geltendes Recht.

Der Entwurf schließt sich dem gemeinen Rechte und den ihm folgenden Gesetzgebungen an, mit diesen davon ausgehend, daß die Regel der Getheiltheit der Forderung und der Schuld unter der Voraussetzung der juristischen Theilbarkeit der Leistung (§§ 339, 340) als das natürliche Verhältniß erscheine und es sich daher für den gemeinen Verkehr nicht rechtfertigen lasse, die strengere Haftung des Schuldners zu unterstellen. Dementgegen kann die für die Bestimmung der preuß. A. L. R. geltend gemachte Rücksicht auf den Gläubiger, in dessen Interesse die ungetheilte Beziehung der Forderung auf mehrere Schuldner liege, indem sie seine Sicherheit erhöhe, nicht in Betracht kommen. Den Gläubigern muß überlassen bleiben, sich eine solche Sicherheit durch Vereinbarung mit den Schuldnern zu verschaffen. Die Annahme, daß eine derartig strenge Haftung des Schuldners im Zweifel von beiden Theilen gewollt sei, ist in der Erfahrung nicht begründet. Die Vorschrift des deutschen H. G. B. Art. 280 hat ihren Grund in den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehres. Die besondere Bestimmung des preuß. A. L. R. über das Verhältniß mehrerer Vertragsgläubiger hat sich in der Praxis ohnedies nicht bewährt, auch in der Gesetzgebung nirgends Nachahmung gefunden.

b) Standpunkt des Entwurfes.

Nach der Regel, welche für alle Schuldverhältnisse, mögen sie auf dem Gesetze, auf Verträgen oder einseitigen Rechtsgeschäften beruhen, gilt, sofern nicht durch Gesetz oder, wenn auch nur stillschweigend, durch Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist, tritt, ohne Unterschied, ob die Mehrheit der Personen auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite eine ursprüngliche ist oder erst nach Begründung des Schuldverhältnisses, z. B. durch Erbfall (§ 2051), eintritt, ipso jure Getheiltheit der Forderung und der Schuld ein. Regel ist ferner in Ermangelung anderer Bestimmung (§ 2051) Gleichheit der Theile.

Der Entwurf hat an dem in § 320 ausgesprochenen Prinzipe der ipso jure Theilung von Forderung und Schuld bei theilbarer Leistung strenge festgehalten. Abgesehen von einzelnen besonderen Fällen ist eine Ausnahme nur gemacht in Ansehung der zivilrechtlichen Haftung aus Delikten, welche durchweg als gesammtschuldnerische gestaltet ist[1]).

§ 321[2]).

II. Gesammtschuldverhältniß. Geltendes Recht.

Ist ein Schuldner mehreren Gläubigern zu einer Leistung in der Weise verpflichtet, daß jeder der mehreren Gläubiger für sich allein dieselbe Leistung ganz zu fordern berechtigt ist, oder hat ein Gläubiger eine Leistung von mehreren Schuldnern in der Weise zu fordern, daß jeder Schuldner die Leistung ganz zu bewirken verpflichtet ist, während die Leistung nur einmal gefordert werden kann und nur einmal zu bewirken ist, so liegt ein Gesammtschuldverhältniß vor. Die herrschende gemeinrechtliche Theorie unterscheidet solchenfalls bekanntlich zwischen den Fällen der Korrealität und denen der bloßen Solidarität und erblickt hierin zwei, wenn auch in ihrer ökonomischen Bedeutung übereinstimmende und auf dieselben praktischen Gesichtspunkte zurückzuführende, so doch in ihrer juristischen Struktion wesentlich verschiedene Rechtsverhältnisse, wobei in Einzelnheiten viel Streit ist (Windscheid II § 293). Diese zweitheilige Gliederung hat übrigens in der Praxis nicht allgemeinen Eingang gefunden. Das preuß. A. L. R. I, 5 §§ 424—453 unterscheidet, in Uebereinstimmung mit der zur Zeit seiner Abfassung herrschenden Auffassung, nicht zwischen Korrealobligation und solidarischer Verbindlichkeit. Das Verhältniß mehrerer neben einander stehender Schuldner ist im Wesentlichen unter den Gesichtspunkt der Korrealität gebracht, während eine aktive Korrealobligation im Sinne des gemeinen Rechtes dem preuß. A. L. R. nicht bekannt ist. Dasselbe bestimmt vielmehr (I, 5 §§ 450—453), wie schon zu § 320 bemerkt, in Absicht auf das Verhältniß mehrerer neben einander stehender Gläubiger, daß sie das gemeinschaftliche Recht gegen den Schuldner in der Regel nur gemeinschaftlich sollen ausüben und kein einzelner Gläubiger durch seine Handlungen und Entsagungen das Recht der übrigen solle schmälern können. Da dies jedoch nur die Regel bildet, so wird zumal bei der großen Unbequemlichkeit derselben angenommen, daß im Wege des Vertrages auch ein wirkliches Korrealverhältniß unter den Gläubigern festgesetzt werden könne. Auch das österr. G. B. (§§ 888—896) steht nach der vorherrschenden Auffassung desselben auf dem Standpunkte seiner Zeit, der von der Korrealität die bloße Solidarität nicht unterschied und erstere vorherrschen ließ. Die obligations solidaires des code civil (Art. 1197—1216) fallen, von minder wesentlichen Unterschieden abgesehen, mit den Korrealobligationen des röm. Rechtes zusammen; der code kennt eine Unterscheidung der Korrealität und der bloßen Solidarität gleichfalls nicht.

---

[1]) Vergl. §§ 713, 714, 731, 736, 47, 56; §§ 673, 675, 659, 1056, 1696, 1769.

[2]) Wegen der Terminologie (Gesammtschuldverhältniß) vergl. z. B. Str. G. B. § 231 Abs. 3, Str. P. O. § 498 Abs. 2, R. Ges. über das Urheberrecht ꝛc. v. 11. Januar 1870 § 18, Markenschutzges. v. 30. November 1874 § 15.

Die Unterscheidung einzelner französischer Schriftsteller zwischen einer solidarité parfaite ou proprement dite und einer solidarité imparfaite oder obligation insolidaire, bezw. die Identifizirung des letzteren Begriffes mit den solidarischen Verbindlichkeiten des gemeinen Rechtes ist dem code civil fremd. Der hess. Entwurf (I Art. 5—13, 240, vergl. mit Art. 220, 248, 312, 328, 329, 346, 347, 348, 351, 353, 354, 358, 359, II Art. 637, 651) zeigt vielfach eine Hinneigung zu den Bestimmungen des code civil. Er kennt nur eine Art der Sammtobligation, indem er davon ausgeht, daß der gemeinsame praktische Zweck der in der gemeinrechtlichen Theorie unterschiedenen Korreal- und Solidarobligationen in der Sicherstellung des Gläubigers und Erleichterung der Rechtsverfolgung bestehe, dieser Zweck aber sich weit einfacher durch eine einheitliche Gestaltung des Verhältnisses erreichen lasse. Die von diesem Entwurfe angenommene eine Sammtobligation ist im Wesentlichen der römischen Korrealobligation nachgebildet. Der bayr. Entwurf hat sich ganz auf den Standpunkt des hess. Entwurfes gestellt, mit dem er in der Hauptsache übereinstimmt. Ebenso hat das sächs. G. B. (§§ 1019—1038) die Unterscheidung zwischen Korreal- und bloßer Solidarobligation als unpraktisch verworfen und die Gesammtschuldverhältnisse unter einheitlichem Gesichtspunkte geregelt, jedoch ist nur das der spezifischen Merkmale der Korrealität entbehrende Solidarverhältniß anerkannt und sind auch diesem Standpunkte entsprechend die Konsequenzen des Mehrheitsprinzipes gezogen. Der dresd. Entw. (Art. 12—16, 232, 234, 237, 287, 316, 343, 369, 373, 381, 383, 387, 391, 397, 412, 418, 968) ist dem Vorgange des sächs. G. B. gefolgt, davon ausgehend, daß hiermit dem praktischen Bedürfnisse am besten entsprochen und der oben bezeichnete Zweck der Gesammtobligation am zuverlässigsten erreicht werde. Das schweiz. Bd. Ges. endlich (Art. 162—170, 155, 159) steht im Wesentlichen auf demselben Standpunkte; es normirt das Gesammtschuldverhältniß einheitlich unter dem Namen der Solidarität. Noch ist das H. G. B. zu erwähnen, in welchem in einer Reihe von Fällen solidarische Haftung festgesetzt ist (Art. 112, 173 Abs. 3, 178, 204, 211 Abs. 2, 241 Abs. 2, 245 Abs. 4, 247 Ziff. 3, 257, 269), auch wichtige allgemeine Regeln hierfür aufgestellt sind, so die Präsumtion für die Solidarität (Art. 280) und der Ausschluß der Einrede der Theilung und der Vorausklage (Art. 281). Ueber die juristische Auffassung der handelsrechtlichen Solidarobligationen ist jedoch aus dem H. G. B. nichts zu entnehmen und es ist absichtlich vermieden worden, darüber sich auszusprechen (Nürnberger Prot. II S. 499, III S. 1308). Aus dieser Darstellung ergiebt sich, daß alle maßgebenden Gesetzgebungen und Entwürfe das Gesammtschuldverhältniß einheitlich gestaltet haben, und zwar die neueren Gesetze und Entwürfe mit bewußter Ablehnung der heutzutage gemeinrechtlich angenommenen Unterscheidung. Der Entwurf ist diesem Zuge der modernen Entwurf. Gesetzgebung gefolgt und kennt demgemäß nur eine Art der Gesammtschuldverhältnisse. Vom gesetzgeberischen Standpunkte kann als entscheidend nur in Betracht kommen, welche praktische Gestaltung des Verhältnisses von den Bedürfnissen des Verkehres gefordert wird, und ob diese eine zweitheilige Gliederung erheischen. Der praktische und wirthschaftliche Zweck der Sammtobligationen besteht aber allerdings wesentlich darin, dem Gläubiger die Vor-

theile größerer Sicherheit und leichterer und bequemerer Verfolgung seines Rechtes zu verschaffen, und zwar gilt dies auch für die bloßen Solidarobligationen. Bei dem in seiner wirthschaftlichen Bedeutung entschieden voranstehenden passiven Gesammtschuldverhältnisse soll dem gemeinsamen Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden, je nachdem er es mit Rücksicht auf die Solvenz und die Belangbarkeit der einzelnen Gesammtschuldner für seine Befriedigung am zweckmäßigsten erachtet, alle Gesammtschuldner oder nur einen derselben, zugleich oder nach einander, auf das Ganze oder einen Theil zu belangen, auch hierin wieder zu wechseln und die Verfolgung in dieser Weise bis zur vollständigen Befriedigung der Forderung fortzusetzen. Bei dem aktiven Gesammtschuldverhältnisse aber soll jeder Gesammtgläubiger die Macht haben, für sich allein die ganze Leistung von dem gemeinsamen Schuldner zu fordern, ohne der Mitwirkung der übrigen, an der Wahrung ihrer Rechte zur Zeit vielleicht verhinderten oder nicht dazu geneigten, Sammtgläubiger zu bedürfen, und so ebensowohl das eigene, als unter Umständen auch das Interesse der übrigen zu wahren. Zur Erreichung dieses Zweckes bedarf es aber gerade nicht einer verschiedenen Gestaltung des Verhältnisses. Eine solche ist auch für die seltenen Fälle nicht erforderlich, in welchen jeder von mehreren Gesammtgläubigern lediglich sein eigenes Interesse verfolgt (z. B. § 1769 Abs. 2).

Indem der Entwurf die Vorschriften über die Gesammtschuldverhältnisse auf einheitlicher Grundlage, ohne die Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligationen, aufstellt, vermeidet er gleichwohl, prinzipiell sich für ein bestimmtes Prinzip, das sog. Einheits- oder das sog. Mehrheitsprinzip, auszusprechen. Bei den einzelnen Bestimmungen war vielmehr die Rücksicht auf die Sachgemäßheit, auf den Zweck des Institutes und die Bedürfnisse des Verkehres, entscheidend. Es versteht sich übrigens, daß die einzelnen Bestimmungen keine leges absolutae sind, also der Abänderung durch Parteiwillen unterliegen.

A. Entstehung; Seine Begründung kann ein Gesammtschuldverhältniß entweder durch Rechtsgeschäft oder unmittelbar durch gesetzliche Vorschrift erhalten (vergl. sächs. G. B. §§ 1020, 1021; österr. G. B. §§ 889, 891; code civil Art. 1197, 1202; hess. Entw. Art. 6, bayr. Entw. Art. 222, dresd. Entw. Art. 13; schweiz. Bd. Ges. Art. 162, 169). Ob das rechtskräftige Urtheil unter die Entstehungsgründe der Gesammtschuld aufzunehmen sei, ist eine bestrittene Frage; das sächs. G. B. § 1021 bejaht dieselbe ausdrücklich. Es steht übrigens in dieser Richtung nur das konstitutive Urtheil in Frage, welches der Entwurf nicht kennt. (durch Rechtsgeschäft.) Durch ein Rechtsgeschäft entsteht ein Gesammtschuldverhältniß, wenn die Absicht, ein solches zu begründen, aus dem Rechtsgeschäfte erhellt. Ausdrückliche Erklärung ist nicht erforderlich. Eine solche Absicht ist erfahrungsgemäß als vorhanden anzunehmen, wenn die im Entwurfe (§ 321 Abs. 2) aufgeführten Ausdrücke gebraucht sind. Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist im Einklange mit anderen Gesetzgebungen die entsprechende Auslegungsregel aufgestellt.

Neben dem Entwurfe bleiben selbstverständlich die Bestimmungen der Reichsgesetze in Kraft, in welchen für gewisse Rechtsverhältnisse Solidarhaft festgesetzt ist.

§ 322.

Mit dem Wesen des Gesammtschuldverhältnisses verträgt es sich wohl, daß der eine Gesammtgläubiger oder Gesammtschuldner schlechthin, der andere unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung berechtigt oder verpflichtet ist oder jeder unter einer anderen Bedingung oder Befristung (Windscheid § 293 Note 11, Dernburg II § 48 Nr. 12; code civil Art. 1201, sächs. G. B. § 1022, hess. Entw. Art. 5).

B. Verschiedenheit des Inhaltes.

Ebenso kann die Berechtigung des einen Gesammtgläubigers und die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit, ungültig sein, ohne daß deshalb auch die Berechtigung der übrigen Gesammtgläubiger und die Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner ungültig sein müßte. In der Natur des Gesammtschuldverhältnisses liegt nichts, was die Gültigkeit der Berechtigung und der Verpflichtung des Einen von der Gültigkeit der Berechtigung und der Verpflichtung der Anderen abhängig machen würde (sächs. G. B. § 1022; vergl. preuß. A. L. R. I, 5 § 446). Um die mehreren Berechtigungen und Verpflichtungen in Absicht auf ihre Gültigkeit von einander abhängig zu machen, muß daher ein besonderer Grund hinzutreten, wie z. B. wenn die eine Verpflichtung im Verhältnisse zu der anderen eine akzessorische Natur hat, oder wenn jene Abhängigkeit besonders stipulirt ist, oder die Bestimmung des § 114 zutrifft. Ist von der Ungültigkeit der Berechtigung eines Gesammtgläubigers oder der Verpflichtung eines Gesammtschuldners die Gültigkeit der Rechte und Verbindlichkeiten der übrigen nicht abhängig, so folgt daraus von selbst, daß den übrig bleibenden Gesammtschuldnern betreffenden Falls auch die Gegenleistung insoweit allein verbleiben muß, als sie ihrerseits zu der Leistung nur gegen die Gegenleistung verbunden sind.

Selbständigkeit der Berechtigung bezw. Verpflichtung des Einzelnen.

§ 323.

Bei dem aktiven Gesammtschuldverhältnisse ist der Schuldner jedem Gesammtgläubiger zu der ganzen Leistung verpflichtet; er erfüllt, an welchen Gläubiger er leisten möge, die ihm obliegende Verbindlichkeit und es steht ihm daher an sich frei, an welchen derselben er leisten will. Dies gilt selbst dann, wenn die Forderung von Seiten eines Gläubigers bereits gerichtlich verfolgt ist. Zwar hat die neuere Gesetzgebung im Anschlusse an eine verbreitete Auffassung des röm. Rechtes (Windscheid § 296 Note 1) das Präventionsprinzip angenommen: code civil Art. 1198; bad. L. R. § 1198; österr. G. B. § 892; sächs. G. B. § 1023; bayr. Entw. Art. 226; dresd. Entw. Art. 237; schweiz. Bd. Ges. Art. 170 Abs. 2. Es liegen jedoch keine genügenden Gründe vor, im Falle der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung von Seiten des einen Gesammtgläubigers die übrigen Gläubiger auszuschließen und den Schuldner an den ersteren zu binden. Der Zweck des Gesammtschuldverhältnisses ist zwar wesentlich auf Sicherung und Erleichterung der Rechtsverfolgung gerichtet, es soll dies aber allen Gläubigern in gleicher Weise zu Gute kommen. Der Möglichkeit eines Konfliktes unter mehreren auf das Ganze klagenden

C. Verhältniß zwischen Gläubigern und Schuldnern.

Aktives Gesammtschuldverhältniß.

Präventionsprinzip.

Gläubigern wird dadurch begegnet, daß der Schuldner an jeden der mehreren Gläubiger nach seiner Wahl mit der Wirkung der Befreiung von der Schuld zahlen kann. Für den Schuldner kann allerdings eine nicht unerhebliche Belästigung daraus entstehen, daß er, nachdem ihn der eine Gesammtgläubiger auf das Ganze belangt hat, auch noch von dessen Mitgläubigern auf das Ganze belangt werden und dadurch genöthigt sein kann, gleichzeitig mehrere Prozesse zu führen. Allein dies ist eine Folge des Gesammtschuldverhältnisses und der Schuldner kann sich durch Zahlung oder je nach Umständen durch Deposition frei machen. Jedenfalls aber kann die Rücksicht auf den Schuldner nicht dazu führen, dem Zuvorkommen des einen Gläubigers die Folge zu geben, daß die übrigen Gläubiger dadurch ihrer Rechte gegen den Schuldner verlustig werden.

Erfüllungsversprechen. In der neueren Gesetzgebung hat der hinsichtlich seiner Geltung ohnedies bestrittene Satz des röm. Rechtes, daß das von dem Schuldner einem Gesammtgläubiger gegebene Erfüllungsversprechen die anderen Gläubiger ausschließe (Windscheid § 284 Nr. 6, § 296 Note 2), keine Aufnahme gefunden. Der Entwurf (§ 323 Satz 3) verneint direkt den Einfluß des von dem Schuldner einem Gesammtgläubiger gegebenen Erfüllungsversprechens auf das Forderungsrecht der anderen Gesammtgläubiger. Es besteht hier noch weniger als beim Prozeßbeginne ein Grund, der Prävention eine Wirkung zuzuerkennen und dem einen Gesammtgläubiger zu gestatten, durch Uebereinkunft mit dem Schuldner die Obligation unter Ausschluß der anderen Gläubiger auf seine Person zu konzentriren. Recht und Billigkeit sprechen vielmehr dagegen.

§ 324.

Passives Gesammtschuldverhältniß. Der mehrerwähnte praktische und wirthschaftliche Zweck des passiven Gesammtschuldverhältnisses erfordert als Mittel zu seiner Erreichung, daß dem Gläubiger freigestellt sein muß, zu seiner Befriedigung nach seiner Wahl einen der Gesammtschuldner oder einige derselben oder alle auf das Ganze oder je auf beliebige Theile zu belangen, auch bis zu erfolgter Befriedigung die Wahl zu ändern, wenn und soweit er dies als seinem Interesse entsprechend erachtet. (Jus variandi.) Der Gläubiger kann insbesondere, auch wenn er von einem Gesammtschuldner zuerst nur einen Theil der Leistung verlangt hat, von demselben auch den übrigen Theil verlangen, und, wenn er die Forderung zuerst nur gegen einen oder einige Gesammtschuldner geltend gemacht hatte, noch gegen die übrigen Gesammtschuldner vorgehen, soweit er nicht bereits Befriedigung erlangt hat. Dies ist in der neueren Gesetzgebung fast ausnahmslos anerkannt (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 430, 433, 434; code civil Art. 1203, 1204, 1210, 1211, 1212; sächs. G. B. § 1024; schweiz. Bd. Ges. Art. 163; hess. Entw. Art. 7, 8, bayr. Entw. Art. 223, 224, 225, dresd. Entw. Art. 234; vergl. Konk. O. § 61). Damit, daß dem Gläubiger ein unbeschränktes Wahlrecht beigelegt wird, von allen oder einigen Gesammtschuldnern oder von einem derselben sofort das Ganze oder einen Theil zu fordern, ist weiter der Ausschluß der Einrede der Theilung (Windscheid § 293 Noten 5 ff., § 298 Noten 8 ff.) ausgesprochen. (Einrede der Theilung.) Der Ausschluß dieser Einrede rechtfertigt sich gleichfalls aus

dem wesentlichen Zwecke des Gesammtschuldverhältnisses, welcher fordert, daß der Gläubiger den zahlungsfähigsten unter den Gesammtschuldnern auswählen und mit einer Klage das Ganze fordern bezw. erlangen kann. Auch hierin stimmt mit dem Entwurfe die gesammte neuere Gesetzgebung überein.

§ 325.

Rechtshandlungen 2c. einzelner Betheiligter. 1. Verschulden.

Von der Regel, wonach für Verschuldung nur derjenige haftet, welchem die Verschuldung zur Last fällt, für Gesammtschuldverhältnisse abzuweichen, liegt kein genügender Grund vor, mag man von dem der Korrealität entsprechenden Einheitsprinzipe oder von dem Mehrheitsprinzipe ausgehen. Insbesondere erheischt der praktische Zweck des Gesammtschuldverhältnisses eine solche Abweichung nicht. In Absicht auf die culpa eines Mitgläubigers kann ohnedies ein Zweifel in dieser Richtung nicht bestehen. Läßt man es bei der allgemeinen Rechtsregel, so könnte sich fragen, ob überhaupt eine Bestimmung im Gesetzbuche erforderlich ist. Die Aufnahme empfiehlt sich im Hinblicke auf den Stand der Gesetzgebung und die im Gebiete des gemeinen Rechtes (in Ansehung der Haftung der Korrealschuldner, Windscheid § 295 Note 13) und im Gebiete des preuß. A. L. R. (wegen A. L. R. I, 5 § 438) bestehenden Streitfragen. In gleicher Weise, wie der Entwurf entscheiden das sächs. G. B. §§ 1031, 1009, 1316, das schweiz. Bd. Ges. Art. 165, der bayr. Entw. Art. 229 und der dresd. Entw. Art. 232. Nach dem code civil Art. 1205 (hess. Entw. Art. 240) haften zwar alle Mitschuldner für das Verschulden des einen, jedoch in der Beschränkung auf die vera rei aestimatio. Auch einer so beschränkten Haftung fehlt die Begründung im Wesen oder Zwecke des Gesammtschuldverhältnisses.

§ 326.

2. Verzug.

Bezüglich der Frage nach dem Einflusse des Verzuges bei dem Gesammtschuldverhältnisse kommen ebensowohl die Nachtheile, welche der Verzug auf Seiten des im Verzuge Befindlichen im Gefolge hat, als die Rechte, welche dem anderen Theile aus dem Verzuge erwachsen, in Betracht. Es fragt sich, ob der Verzug eines Gesammtschuldners oder eines Gesammtgläubigers auch gegen die übrigen Gesammtschuldner und gegen die übrigen Gesammtgläubiger wirke, und ob die nur von Seiten eines Gesammtgläubigers ergangene Mahnung und das nur von Seiten eines Gesammtschuldners ergangene Anerbieten (§§ 245, 254 ff.) auch den übrigen Gesammtgläubigern und den übrigen Gesammtschuldnern zu Statten komme. Der Entwurf verneint die Fragen durchweg. Die gegentheilige Entscheidung würde mit dem der Vorschrift des § 325 zu Grunde liegenden Prinzipe im Widerspruche stehen. Der Entwurf steht in Uebereinstimmung mit dem röm. Rechte nach der herrschenden Auffassung desselben (Windscheid § 295 Nr. 13), mit dem sächs. G. B. (§ 1025), mit dem dresd. Entw. (Art. 287, 316) und mindestens in Ansehung des Verzuges eines Gesammtschuldners auch mit dem preuß. A. L. R. (I, 5 § 438) und dem schweiz.

Mahnung, Anerbieten,

Kündigung. Bd. Ges. (Art. 165) überein. Der gleichen Beurtheilung, wie die Mahnung, unterliegt die Kündigung. Vorausgesetzt ist selbstverständlich immer, daß der betreffende Gesammtgläubiger oder Gesammtschuldner bei der Mahnung, der Kündigung oder dem Anerbieten nicht zugleich im Namen und in Vertretung der anderen Gesammtgläubiger bezw. Gesammtschuldner gehandelt hat.

§ 327.

3. Prozeßführung. Die (subjektive) Rechtskraft eines rechtskräftigen Urtheiles wirkt regelmäßig nur für und gegen die Parteien, zwischen welchen sie ergangen ist (§ 192). Nach gemeinem Rechte ist bezüglich der bloßen Solidarobligationen unbestritten, daß diese Regel keine Ausnahme leidet (Windscheid § 298). Streit herrscht dagegen betreffs der Korrealobligationen. Im preuß. Rechte (A. L. R. I, 5 § 437), im sächs. G. B. § 1032 ist der Grundsatz schlechthin anerkannt. Dasselbe wird für das schweiz. Bd. Ges. (Art. 166 Abs. 2) angenommen. Der Entwurf schließt sich für das Gesammtschuldverhältniß diesen Vorgängen an. Ausreichende Gründe, um von dem Prinzipe hier abzuweichen, liegen nicht vor. Die Gründe, welche für dasselbe entscheidend sind, treffen beim Gesammtschuldverhältnisse insbesondere auch in Absicht auf das freisprechende Urtheil zu, und zwar ohne Unterschied, aus welchem Grunde die Freisprechung erfolgt sein mag. Eine Ausnahme von der Beschränkung der Wirkungen des Urtheiles auf die Prozeßparteien ist auch nicht — in Bezug auf das freisprechende Urtheil — im Falle des Bestehens einer Regreßleistungspflicht der mehreren Gesammtschuldner oder einer Ausgleichungspflicht der mehreren Gesammtgläubiger gerechtfertigt (Windscheid § 295 Noten 7, 8, § 132 Noten 4, 6; hess. Entw. Art. 353, 354). Es kann dahingestellt bleiben, ob sich in Rücksicht auf das jus aequum Gründe für eine Ausnahme in diesem Falle anführen ließen. Das Urtheil, welches einen Gesammtgläubiger mit seiner Forderung gegen den Schuldner abweist, spricht nur aus, daß jenem ein Forderungsrecht gegen den Schuldner nicht zustehe; das Verhältniß zwischen dem Schuldner und den übrigen Gesammtgläubigern wird durch das Urtheil nicht berührt. Ebenso besagt, wenn auf Klage des Gläubigers ein Gesammtschuldner freigesprochen wird, das Urtheil nicht mehr, als daß der Gläubiger die fragliche Leistung von ihm nicht zu fordern habe, also nichts über das Verhältniß des Gläubigers zu den übrigen Gesammtschuldnern. Mit dem Verhältnisse der Gesammtgläubiger unter sich oder der Gesammtschulder unter sich hat es das Urtheil ohnedies nicht zu thun. Gegen die ausnahmsweise Wirkung des freisprechenden Urtheiles über die Prozeßparteien hinaus fällt aber für alle Fälle entscheidend insbesondere ins Gewicht, daß nicht jedes abweisende Urtheil, sondern nur ein solches Beachtung finden könnte, welches auf der Voraussetzung beruhte, das betreffende Schuldverhältniß sei, allgemein betrachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder wieder aufgehoben, daß aber die diesfallsige Prüfung des Urtheiles an sich häufig kein sicheres Resultat liefern würde, überhaupt aber wegen des in der C. P. O. (§ 293)

enthaltenen Grundsatzes, daß die Entscheidungsgründe der Rechtskraft nicht fähig sind, sich schlechthin verbietet.

§ 328.

Insoweit als der Gläubiger überhaupt berechtigt ist, das ihm zustehende Forderungsrecht auf einen Anderen als neuen Gläubiger zu übertragen, kommt dieses Recht auch dem Gesammtgläubiger zu. Er kann aber, wie jeder andere Gläubiger, auf den neuen Gläubiger nur diejenigen Rechte übertragen, welche ihm selbst zustehen, und es ergiebt sich daraus von selbst, daß durch die Uebertragung der Forderung seitens eines Gesammtgläubigers die Rechte der übrigen Gläubiger nicht berührt werden. Die Gründe, welche dazu geführt haben, von dem Präventionsprinzipe sich abzuwenden (§ 323), müssen noch mehr dazu führen, dem Gesammtgläubiger die Verfügung über die Rechte seiner Mitgläubiger durch die Uebertragung auf einen Anderen als neuen Gläubiger zu versagen. Von diesem Standpunkte aus würde es einer betreffenden Bestimmung im Gesetzbuche kaum bedürfen. Bei dem Mangel der Aufstellung eines die Bestimmungen über die Gesammtschuldverhältnisse beherrschenden Prinzipes erscheint jedoch die Aufnahme in das Gesetzbuch nicht überflüssig. Durch die Aufnahme der Bestimmung wird überdies der Argumentation entgegengetreten, durch die Abtretung der Forderung würden, weil in ihr eine Verfügung über die Substanz des Rechtes und eine Aneignung des Werthes derselben liege, die übrigen Gläubiger in gleicher Weise ausgeschlossen, wie durch die Beitreibung der Leistung.

4. Zession seitens eines Gesammtgläubigers.

§ 329.

5. Erfüllung.

Unbestritten und auch von der modernen Gesetzgebung anerkannt ist bei dem Gesammtschuldverhältnisse die objektive Wirkung der Erfüllung. Die an einen von mehreren Gesammtgläubigern vorgenommene Erfüllung tilgt zugleich die Forderungen der übrigen Gläubiger, und ebenso werden durch die Erfüllung von Seiten eines Gesammtschuldners die übrigen Schuldner von ihren Verbindlichkeiten befreit (Windscheid §§ 295, 298; österr. G. B. § 893; sächs. G. B. § 1026; code civil Art. 1197, 1200; schweiz. Bd. Ges. Art. 166 Abs. 1, 170 Abs. 1; hess. Entw. I Art. 5 Abs. 3, II Art. 651, bayr. Entw. Art. 231 Abs. 1 und 2, dresd. Entw. Art. 343). Der im preuß. A. L. R. I, 5 § 435 ausgesprochene allgemeine Satz, daß das, was in Ansehung der schuldigen Sache oder Handlung von einem Verpflichteten geschehen, allen übrigen zum Vortheile gereiche, führt in fraglicher Beziehung zu demselben Ergebnisse. Geschah eine Theilzahlung, so erlischt die Obligation nur hinsichtlich des gezahlten Betrages; wegen der Restforderung bleiben alle Mitschuldner im Ganzen verhaftet, und die Gesammtgläubiger im Ganzen berechtigt.

6. Hinterlegung.

Der Erfüllung in ihren Wirkungen gleich steht als Surrogat derselben die öffentliche Hinterlegung (§§ 272 ff.). Auch bei dem Gesammtschuldverhältnisse kann, wenn sonst die gesetzlichen Voraussetzungen vorhanden sind, die Erfüllung durch Hinterlegung erfolgen. Insbesondere kann der Schuldner,

wie er die Wahl hat, an welchen der Gesammtgläubiger er zahlen will (§ 323), so dem gewählten Gesammtgläubiger gegenüber unter den gesetzlichen Voraussetzungen auch deponiren; es sind in diesem Falle, da die Deposition der Erfüllung gleichsteht (§§ 272, 275), die übrigen Gläubiger ausgeschlossen und der Schuldner ist auch ihnen gegenüber befreit. Auf gleiche Weise werden durch die Deposition von Seiten eines Gesammtschuldners auch alle übrigen Schuldner frei (vergl. Windscheid §§ 295, 298). In den neueren Gesetzbüchern und Entwürfen ist dies zwar nicht besonders ausgesprochen, es folgt aber aus den Bestimmungen derselben über die Deposition. Dasselbe gilt, wenn statt der geschuldeten eine andere Leistung behufs Tilgung der Obligation an Erfüllungsstatt erfolgt ist. Treffen die Voraussetzungen zu, unter welchen eine solche Leistung an Erfüllungsstatt Befreiung des Schuldners überhaupt bewirkt (§ 264), so werden durch die Leistung eines Gesammtschuldners auch alle übrigen Schuldner frei, und die Leistung an einen Gesammtgläubiger befreit den Schuldner auch den übrigen Gläubigern gegenüber. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die an die Stelle der geschuldeten Leistung gesetzte andere Leistung einen geringeren Werth haben oder daß sie vielleicht nicht, wie die geschuldete Leistung, gleichmäßig allen Gläubigern zu Gute kommen kann, so daß die Aufstellung der Regel in Ansehung des aktiven Gesammtschuldverhältnisses auf den ersten Anschein Bedenken erregen könnte. Allein Fälle der letzteren Art bilden die Ausnahme; nach ihnen darf die Regel nicht gestaltet werden. Diese kann selbstverständlich durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden und die Ausschließung insbesondere auch stillschweigend im konkreten Falle ausgesprochen sein. An sich kommt als entscheidend in Betracht, daß durch die Vereinbarung über die Annahme an Erfüllungsstatt die andere Leistung als der geschuldeten gleichwerthig erklärt ist und das Recht sie demgemäß auch als gleichwerthig zu behandeln Grund hat. Zudem ist in der Annahme einer Leistung an Erfüllungsstatt zugleich der Wille ausgesprochen, daß diese Leistung wie Erfüllung, also gegen alle Gesammtgläubiger und für alle Gesammtschuldner wirken solle; in diesem Falle tritt aber auch bei einem unter dieser Form versteckten Erlasse die gewollte Wirkung ein (§ 332).

7. Leistung an Erfüllungsstatt.

§§ 330, 331.

8. Aufrechnung. a) Zulässigkeit;

Als Regel ist allgemein anerkannt, daß die einem Gesammtschuldner gegen den Gläubiger zustehende Gegenforderung diesem nicht von den übrigen Gesammtschuldnern, und daß die dem Schuldner gegen einen Gesammtgläubiger zustehende Gegenforderung nicht den anderen Gesammtgläubigern aufgerechnet werden kann. Vielmehr ist zur Kompensation nur derjenige berechtigt, dem die Gegenforderung zusteht, und sie kann nur demjenigen entgegengehalten werden, gegen welchen die Forderung begründet ist. Die dem einen Gesammtschuldner zustehende Gegenforderung darf der andere so wenig zur Aufrechnung benutzen, als er berechtigt ist, aus den Mitteln des ersteren Zahlung zu leisten, und die gegen den einen Gesammtgläubiger bestehende Gegenforderung kann der Schuldner dem anderen so wenig in Aufrechnung bringen, als er Zahlung jener Forderung von diesem verlangen könnte. Nach röm. Rechte kann aber

ausnahmsweise dann, wenn die mehreren correi debendi in einem Sozietätsverhältnisse stehen, der eine auch die Gegenforderung des anderen dem Gläubiger aufrechnen (l. 10 D. 45, 2), und manche wollen dies auf den Fall ausdehnen, wenn die correi credendi socii sind und der Schuldner gegen einen von ihnen eine Gegenforderung zu machen hat. Von anderer Seite wird die Kompensation mit der Forderung eines Mitschuldners und mit der Forderung gegen einen Mitgläubiger überhaupt in allen Fällen zugelassen, in welchen und soweit ein Regreßanspruch begründet sei (Windscheid, Pand. § 295 zu Note 2, § 349 Note 11, § 350 Note 18—20; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XII S. 81; s. hess. Entw. Art. 314, bayr. Entw. Art. 228). Das preuß. A. L. R. I, 16 § 306 spricht nur die Regel aus, daß der in Anspruch genommene Gesammtschuldner mit der Forderung eines anderen Gesammtschuldners nicht kompensiren könne, ohne eine Ausnahme bei bestehender Sozietät zu statuiren; ebenso der code civil Art. 1294. Der allgemeine Ausspruch des österr. G. B. § 1441, daß ein Schuldner seinem Gläubiger das nicht in Aufrechnung bringen dürfe, was dieser einem Dritten und der Dritte dem Schuldner zu zahlen habe, wird insbesondere auf das Gesammtschuldverhältniß angewendet. Den gleichen Standpunkt nehmen das sächs. G. B. § 1027 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 164 Abs. 1 ein, ohne der fraglichen Ausnahme zu erwähnen; dasselbe gilt von dem dresd. Entw. Art. 369. Die Regreßpflicht der Mitschuldner und der Mitgläubiger unter sich berührt das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und den einzelnen Gesammtschuldnern und zwischen dem Schuldner und den einzelnen Gesammtgläubigern überall nicht. Jeder Gesammtschuldner ist vermöge der zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Obligation für sich auf das Ganze verpflichtet, jeder Gesammtgläubiger vermöge der zwischen jedem von ihnen und dem Schuldner bestehenden Obligation für sich auf das Ganze berechtigt, und so wenig der eine Gesammtschuldner wegen des zwischen ihm und seinen Mitschuldnern bestehenden, eine Regreßpflicht involvirenden Verhältnisses den Gläubiger bezüglich antheilsmäßiger Zahlung an den anderen verweisen darf, so wenig kann ihn jene Regreßpflicht berechtigen, an Stelle der ihm selbst obliegenden Erfüllung den Gläubiger auf die Kompensation mit der Forderung eines anderen Gesammtschuldners zu verweisen. Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Kompensation mit der Forderung gegen einen anderen Gesammtgläubiger. Der wesentliche Zweck des Gesammtschuldverhältnisses, dem Gläubiger die Vortheile größerer Sicherheit und leichterer und bequemerer Rechtsverfolgung zu verschaffen, würde durch die Hereinziehung des zwischen den Gesammtschuldnern und zwischen den Gesammtgläubigern je unter sich bestehenden Rechtsverhältnisses wesentlich beeinträchtigt und der beseitigten Theilungseinrede auf anderem Wege theilweise die Thüre wieder geöffnet. Ein Repräsentationsverhältniß der Gesammtgläubiger oder Gesammtschuldner unter sich (hess. Mot. S. 159 ff.) wird durch das Gesammtschuldverhältniß nicht begründet.

Die wirklich erfolgte Aufrechnung wirkt dagegen beim Gesammtschuldverhältnisse gleich der Erfüllung befreiend für alle Gesammtschuldner und gegen alle Gesammtgläubiger. Steht einem Gesammtschuldner gegen den gemeinsamen Gläubiger oder dem gemeinsamen Schuldner gegen einen Gesammt- b) Wirkung.

gläubiger eine kompensabele Gegenforderung zu, so werden daher sowohl durch den Abschluß eines Kompensationsvertrages zwischen jenen, welchen die gegenüberstehenden Forderungen zustehen, als durch die kraft der gesetzlichen Befugniß erfolgte Aufrechnung (§§ 281 ff.) auch die übrigen Mitschuldner, bezw. der Schuldner auch den übrigen Gesammtgläubigern gegenüber frei. Dies ist allgemein anerkannt und folgt aus dem Wesen der erfolgten Aufrechnung (Windscheid § 295, 1, § 298; sächs. G. B. § 1027 Satz 2; hess. Entw. Art. 320, bayr. Entw. Art. 231 Abs. 3, dresd. Entw. Art. 373; schweiz. Bd. Ges. Art. 166 Abs. 1).

§ 332.

9. Erlaß. Gemeinrechtlich sehr bestritten ist die Frage, welche Wirkungen der von dem Gläubiger einem Gesammtschuldner oder von einem Gesammtgläubiger dem Schuldner gewährte Erlaß auf die Rechtsstellung der übrigen Gesammtgläubiger und Gesammtschuldner habe, sowohl hinsichtlich der Korrealobligation als der solidarischen Obligation (Windscheid §§ 295, 298, 357). Das preuß. A. L. R. bestimmt (I, 5 § 451) die subjektive Wirkung des von einem Mitberechtigten gewährten Erlasses; in Ansehung der Wirkung des einem Gesammtschuldner gewährten Erlasses liegt die Bestimmung des § 437 I, 5 vor, wonach die einem Mitverpflichteten für seine Person gewordene Befreiung dem anderen Mitverpflichteten nicht zu Statten komme. Nach dem code civil Art. 1285 wirkt der einem Solidarschuldner gewährte Erlaß auch zu Gunsten der anderen, es sei denn, daß der Gläubiger sich seine Rechte gegen diese ausdrücklich vorbehalten hat, welchenfalls der Gläubiger die Schuld nur nach Abzug des Antheiles dessen fordern kann, welchem er sie erlassen hat. Bezüglich des von einem Gesammtgläubiger gewährten Erlasses bestimmt Art. 1198, derselbe wirke nur zum Antheile dieses Gläubigers (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 166, 168, hess. Entw. Art. 356 ff.) Das sächs. G. B. stellt als Regel allgemein die nur subjektive Wirkung des Erlasses auf; ebenso der dresd. Entw., außer der Erlaß wäre in der Form der Erklärung abgegeben, daß die Schuld getilgt sei (Art. 383, 342).

a) mit objektiver, Der Entwurf erklärt es, ohne zwischen dem aktiven und dem passiven Gesammtschuldverhältnisse zu unterscheiden, für eine Willensfrage, ob dem Erlasse (§ 290) objektive oder subjektive Wirkung zukomme. Bedenken lassen sich allerdings dagegen erheben, dem von einem Gesammtgläubiger dem Schuldner gewährten Erlasse nach dem Willen des ersteren auch eine Wirkung gegen die übrigen Gesammtgläubiger zuzuerkennen. Es läßt sich dafür nicht geltend machen, daß der Gesammtgläubiger auch durch Annahme der Zahlung über die Forderung verfügen und den Schuldner auch den übrigen Gesammtgläubigern gegenüber von der Schuld befreien könne. Denn die Erlöschung des Gesammtschuldverhältnisses folgt in diesem Falle aus dem Wesen desselben, wonach die identische Leistung, welche jeder Gläubiger im Ganzen zu fordern berechtigt ist, nur einmal zu geschehen hat, sonach, an welchen der mehreren Gläubiger auch die Leistung erfolgt sein möge, damit der Zweck des Gesammtschuldverhältnisses

erfüllt und sein Inhalt erschöpft ist. Dies trifft aber bei dem Erlasse nicht zu. Neben der aus der Wirkung einer datio in solutum (§ 329 Abs. 2) sich ergebenden Konsequenz sprechen jedoch überwiegende praktische Rücksichten dafür, dem Gesammtgläubiger zu gestatten, die Forderung mit objektiver Wirkung zu erlassen, da eine gegentheilige Bestimmung mit Leichtigkeit sowohl auf dem Wege der Leistung und Zurückleistung, als durch das Verstecken des Erlasses in der Form einer Quittung umgangen werden könnte. Kein stichhaltiger Grund liegt vor, einem Erlaßvertrage, welcher nach der Absicht des Gläubigers allen Gesammtschuldnern zu Gute kommen soll, diese Wirkung zu versagen (s. auch Entsch. d. R. G. in Civils. XII Nr. 24 S. 127). — Die Beschränkung der gewollten objektiven Wirkung auf den Fall, wenn der Erlaßvertrag in der Form einer Quittung erscheint, entbehrt heutzutage der Rechtfertigung. Der auf die objektive Wirkung des Erlasses gerichtete Wille kann ausdrücklich erklärt, aber auch sonst aus den Umständen zu entnehmen sein. Zur Aufstellung der Vermuthung für die blos subjektive Wirkung (bayr. Entw. Art. 232 Abs. 2) fehlt es an einem Anlasse. Der objektive Erlaßwillen spricht sich bei einem Gesammtschuldverhältnisse dahin aus, daß das ganze Schuldverhältniß aufgehoben sein solle. Es muß ein wie die wirkliche Erfüllung (datio in solutum, erfolgte Aufrechnung) wirkender Erlaßvertrag abgeschlossen sein. Ob ein solcher vorliegt oder ob der Erlaß nur die Ausscheidung des einen Gläubigers oder des einen Schuldners bezweckt, ist Thatfrage.

Keine Bestimmung trifft der Entwurf für den Fall, wenn dem Erlasse nur subjektive Wirkung zukommt und zwischen den Gesammtgläubigern bezw. den Gesammtschuldnern eine Ausgleichungspflicht besteht. Solchenfalls kann zweifellos von den den Erlaßvertrag schließenden Parteien wirksam vereinbart werden, der Erlaß solle auch nicht in tantum objektiv wirken, und eine solche Vereinbarung wird stets beim Vorliegen eines nur persönlich wirksamen Erlaßvertrages anzunehmen sein. Ist aber einmal vereinbart, der persönliche Erlaß solle gleichwohl in tantum objektiv wirken, so wird in Ermangelung einer besonderen Bestimmung der Gläubiger, welcher eine solche Zusicherung ertheilte, dem Schuldner, welcher die Zusicherung empfangen hat, wenn dieselbe sich nicht erfüllt hat, verantwortlich bleiben. Es wird also ein Gesammtgläubiger dem Schuldner, welcher einem anderen Gesammtgläubiger das Ganze zahlen mußte, regreßpflichtig, der Gläubiger, welcher einem Gesammtschuldner den Erlaß gewährt und gleichwohl das Ganze von einem anderen Gesammtschuldner beigetrieben hat, jenem Gesammtschuldner regreßpflichtig sein, wenn an demselben der Gesammtschuldner, welcher das Ganze leisten mußte, sich erholt. Im Hinblicke auf die große Seltenheit des in Betracht kommenden Falles empfiehlt sich eine besondere Bestimmung nicht. Entscheidend ist, daß der Schuldner, welcher die Zusicherung empfangen hat, an dem Gläubiger, welcher sie ertheilt hat, betreffenden Falles sich erholen kann. b) mit subjektiver Wirkung.

Ueber die Wirkung des zwischen einem Gesammtgläubiger und dem Schuldner oder zwischen dem Gläubiger und einem Gesammtschuldner geschlossenen Vergleiches bestimmt der Entwurf gleichfalls nichts. Insoweit der Vergleich eine Erfüllung ergiebt oder, wenn er die Aufhebung des bisherigen Schuldverhältnisses unter Begründung eines anderen an Stelle desselben ent- 10. Vergleich.

hält, sind besondere Bestimmungen nicht nöthig (§ 329; sächs. G. B. § 1029; hess. Entw. Art. 637, dresd. Entw. Art. 968). In den übrigen in Betracht kommenden Fällen wird ein theilweiser Erlaß mit einem Erfüllungsversprechen vorliegen. Letzteres ist an sich unerheblich (§ 323); im Uebrigen finden solchenfalls die Grundsätze über den Erlaß Anwendung, allerdings mit gewissen Modifikationen, welche jedoch selbstverständlich erscheinen. Wenn nämlich bei einem aktiven Gesammtschuldverhältnisse der Schuldner einem anderen Gesammtgläubiger gegenüber sich auf den im Vergleiche bewilligten Erlaß beruft, so muß er wegen der Untrennbarkeit des Inhaltes des Vergleiches auch das darin enthaltene Erfüllungsversprechen gegen sich gelten lassen, während er nicht verlangen kann, daß der andere Gesammtgläubiger sonstige Leistungen bewirke, welche etwa derjenige Gesammtgläubiger, mit welchem der Schuldner den Vergleich geschlossen hat, in diesem übernahm. Beruft sich bei einem passiven Gesammtschuldverhältnisse ein anderer Gesammtschuldner auf den Vergleich, so ist andererseits nicht minder klar, daß derselbe zugleich das in dem Vergleiche enthaltene Erfüllungsversprechen als verpflichtend anzuerkennen hat. Dies Alles ist selbstverständlich. Eine Bestimmung darüber hinaus, welche dem Vergleiche an sich objektive Wirkung allgemein dann zuschriebe, wenn dies von den Vertragschließenden gewollt ist, wäre nicht haltbar. Kein Anlaß liegt endlich zu einer Bestimmung für den Fall vor, wenn der Vergleich nur die persönlichen Beziehungen der den Vergleich Schließenden zu normiren bezweckt (preuß. A. L. R. I, 5 § 437).

§ 333.

11. Vereinigung.

Die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtgläubigers oder eines Gesammtschuldners ist für sich allein ohne Einfluß auf die Rechte und Verbindlichkeiten der übrigen Gesammtgläubiger und Gesammtschuldner, hinsichtlich deren eine Rechtsvereinigung nicht eingetreten ist. Die Vereinigung wirkt nicht wie die Erfüllung. Der eigentliche Grund der Aufhebung der Obligation durch Vereinigung, daß nämlich Niemand sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein kann (§ 291), trifft in Bezug auf die übrigen Gesammtgläubiger und Gesammtschuldner nicht zu, und es beschränkt sich daher die Wirkung der Konfusion auf denjenigen Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger, in dessen Person sie erfolgt ist. Dies ist im geltenden Rechte allerseits anerkannt (Windscheid § 295 Note 9; sächs. G. B. § 1033; dresd. Entw. Art. 387; schweiz. Bd. Ges. Art. 166 Abs. 2; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 492, 493). Besteht unter den Gesammtgläubigern oder Gesammtschuldnern eine Verpflichtung zur gegenseitigen Ausgleichung, so versteht sich von selbst, daß im Falle der Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtschuldners die von demselben belangten übrigen Gesammtschuldner denjenigen Antheil an der Gesammtschuld abrechnen können, welchen der erstere als Mitschuldner ihnen zu ersetzen verpflichtet wäre, sowie daß, wenn die Vereinigung in der Person eines Gesammtgläubigers erfolgt, dieser gegenüber den übrigen Gesammtgläubigern denjenigen Antheil an der Schuld abzurechnen berechtigt ist, welcher ihm vermöge des bestehenden Ausgleichsverhältnisses zukommt. Hier ist nur über die Wirkung der Vereinigung an sich zu bestimmen.

§ 334.

Ist bei einem Gesammtschuldverhältnisse die Erfüllung nur für die Person eines Gesammtschuldners oder an die Person eines Gesammtgläubigers unmöglich geworden (§ 237), so ist dies ohne Einfluß auf die übrigen Gesammtschuldner oder Gesammtgläubiger, gleichgültig, ob die Unmöglichkeit durch Zufall eingetreten oder verschuldet ist. Weder an der Verbindlichkeit der übrigen Gesammtschuldner, noch am Forderungsrechte der übrigen Gesammtgläubiger wird etwas geändert (Abs. 1; vergl. Windscheid § 295 Note 12, sächs. G. B. § 1031). 12. Unmöglichkeit der Leistung in der Person a) eines Betheiligten,

Hat ein Gesammtschuldner die seinen Mitschuldnern im Verhältnisse zum gemeinschaftlichen Gläubiger zur Last fallende Verschuldung nicht zu vertreten (§ 325), so ist auch die nur durch das Verschulden eines der Gesammtschuldner für alle eingetretene völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung von den übrigen Gesammtschuldnern nicht zu vertreten; sie wirkt für sie vielmehr wie eine zufällige Unmöglichkeit (Abs. 2, § 237; Windscheid § 295 Note 13; sächs. G. B. § 1031, vergl. mit § 1009; dresd. Entw. Art. 291). Obwohl es sich nur um die Anwendung allgemeiner Bestimmungen des Entwurfes auf einen speziellen Fall handelt, spricht dies der Entwurf doch im Interesse des leichteren Verständnisses besonders aus. Selbstverständlich ist aber, daß die durch Zufall bezw. Verschulden eines Gesammtgläubigers allgemein eingetretene Unmöglichkeit der Leistung für den Schuldner, wie die durch Verschulden des Gläubigers für alle Gesammtschuldner eintretende Unmöglichkeit der Leistung für alle Gesammtschuldner befreiend wirkt (§ 237; vergl. § 368). b) aller Gesammtschuldner. Verschulden eines derselben. Zufall ꝛc.

§§ 335, 336.

Die Verordnung Justinians (l. 5 Cod. de duob. reis 8, 40), wonach die Unterbrechung der Verjährung für und gegen alle correi wirken soll, wenn sie auch nur von einem Mitgläubiger ausgegangen und gegen einen Mitschuldner gerichtet war, ist eine nicht aus dem Wesen des Gesammtschuldverhältnisses folgende singuläre Bestimmung (Windscheid § 295 Note 11), weshalb vielfach angenommen wird, daß die Verordnung auf bloße Solidarobligationen keine Anwendung finden könne. An das justinianische Recht haben sich das preuß. A. L. R. I, 5 § 440, insofern hiernach wenigstens durch Klage gegen einen Schuldner die Verjährung auch gegen die übrigen Schuldner unterbrochen wird, der code civil Art. 1199, 1206, 2249, das schweiz. Bd. Ges. Art. 155, das großherzogl. hess. Verjährungsgesetz vom 19. März 1853 Art. 28 und der bayr. Entw. Art. 238 angeschlossen. Dagegen wird nach Art. 80 der W. O. die Verjährung nur hinsichtlich desjenigen der Wechselverpflichteten unterbrochen, gegen welchen die Unterbrechung gerichtet ist, was die Motive damit begründen, daß die Verpflichtung der verschiedenen Wechselschuldner nur als eine solidarische sich darstelle und nicht unter den Begriff der Korrealität falle, somit die l. 5 cit. keine Anwendung finden könne, während praktische Rücksichten dafür sprächen, die Unterbrechung nur subjektiv wirken zu lassen (Prot. der Leipziger Konferenz S. LXXIV). Ebenso räumt der 13. Verjährung. a) Unterbrechung ꝛc. α. Geltendes Recht.

Art. 148 des H. G. B. in Absicht auf die Verjährung zu Gunsten der Handelsgesellschafter der Unterbrechung der Verjährung nur subjektive Wirkung ein (vergl. auch § 64 des Genossenschaftsges. vom 4. Juli 1868). In gleicher Weise bestimmen das sächs. G. B. § 1035 und der dresd. Entw. Art. 412.

β. Entwurf. Der Entwurf legt der Unterbrechung der Verjährung gleichfalls nur subjektive Wirkung bei. Der Gläubiger, ob er durch gerichtliche Geltendmachung seiner Forderung oder durch Erwirkung eines Anerkenntnisses von Seiten des Schuldners die Unterbrechung der Verjährung herbeiführt (§§ 169 ff.), bringt damit stets nur die ihm selbst und nur die ihm gegen den betreffenden Schuldner zustehende Forderung zur Geltung und Anerkennung, wie er auch zur Geltendmachung der Rechte seiner Mitgläubiger so wenig befugt wäre, als der Schuldner die Verbindlichkeiten seiner Mitschuldner mit rechtlicher Wirkung anerkennen kann. Es würde dies nur dann sich anders verhalten, wenn man dem Vertretungsprinzipe huldigen und ein gegenseitiges Bevollmächtigungsverhältniß unter den Gesammtgläubigern und Gesammtschuldnern unterstellen würde, wozu es aber in dem Wesen des Gesammtschuldverhältnisses an einem Anhalte fehlt. Der Gesammtgläubiger, der den Schuldner belangt oder ihn zur Anerkennung veranlaßt, besorgt, wie andererseits der Gesammtschuldner, der dem Gläubiger gegenüber die Schuld anerkennt, lediglich sein eigenes Geschäft, wobei das Verhältniß, in welchem die mehreren Gläubiger und Schuldner unter sich stehen, nicht in Betracht kommt. Man kann daher auch der Unterbrechung der Verjährung nur eine persönliche Wirkung zuschreiben zu Gunsten des Mitgläubigers, welcher die Unterbrechung bewirkt hat, und gegen den Mitschuldner, gegen welchen sie bewirkt worden ist. Auch das Recht des Gläubigers, nach seiner Wahl von jedem Schuldner das Ganze oder einen Theil einzufordern, wird durch die Nothwendigkeit, die Verjährung gegen jeden Schuldner besonders zu unterbrechen, in keiner Weise verkümmert, und die bei Annahme der blos subjektiven Wirkung der Unterbrechung sich ergebende größere Belästigung des Gläubigers ist kein genügendes Motiv, um gegen die Rechtskonsequenz die Wirkung der nur bezüglich der Forderung gegen einen Gesammtschuldner geschehenen Unterbrechung auch auf die Forderung gegen die anderen Gesammtschuldner auszudehnen. Es wäre dies um so weniger motivirt, als auf diese Weise die Verjährung gegen die übrigen Schuldner unterbrochen werden könnte, ohne daß diese eine Ahnung davon hätten, was mit dem auf Förderung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit abzielenden Zwecke des Institutes der Verjährung wenig im Einklange stehen würde. Hierzu kommt noch insbesondere der Vorgang der Reichsgesetzgebung, mit deren diesfälligen Bestimmungen im Einklange zu bleiben aller Grund vorliegt. Die Gleichstellung der Hemmung der Verjährung (§§ 162 ff.) mit der Unterbrechung in Ansehung der Wirkung kann nicht bezweifelt werden. Der Vollständigkeit wegen und in Berücksichtigung der in § 162 erwähnten Hemmungsgründe ist diese Wirkung der Hemmung in § 335 gleichfalls hervorgehoben.

b) Eingetretene Verjährung. Hat die Unterbrechung der Verjährung nur eine subjektive Wirkung, so kann in Konsequenz dessen auch der eingetretenen Verjährung eine objektive Wirkung nicht zukommen. Dies ist auch der Standpunkt des sächs. G. B. § 1034 und des dresd. Entw. Art. 418 und stimmt mit der Auffassung des

gemeinen und preuß. Rechtes überein. Die Annahme, die Verjährungszeit müsse stets für alle Mitgläubiger und Mitschuldner gleichzeitig ablaufen, beruht auf der Voraussetzung der objektiven Wirkung der Unterbrechung; außerdem ist es aber auch möglich, daß die Verjährungszeit für oder gegen den einen früher als für oder gegen die anderen ablaufe, da der eine Schuldner bedingt oder betagt, der andere unbedingt oder unbetagt haften kann (§ 322 Abs. 1, § 158 Abs. 2). Läuft die Frist für einen Gesammtschuldner oder gegen einen Gesammtgläubiger früher ab, als für oder gegen die anderen, so kann dies den letzteren weder nützen noch schaden, da in ihrer Person die Voraussetzungen nicht vorliegen, welche den Grund der Verjährung bilden.

§ 337.

D. Inneres Verhältniß. a) im Allgemeinen.

Die Frage nach dem inneren Verhältnisse der mehreren Gesammtgläubiger bezw. der mehrerer Gesammtschuldner zu einander wird in der gemeinrechtlichen Doktrin wie in der Gesetzgebung vorzugsweise in der speziellen Richtung auf die Ausgleichungs- und Regreßpflicht behandelt. Nach der heutzutage für das gemeine Recht herrschenden, auch in der Praxis da und dort schon aufgenommenen Ansicht ist die Frage aus dem konkreten, zwischen den Gesammtgläubigern oder den Gesammtschuldnern bestehenden Rechtsverhältnisse zu beantworten, nicht aus dem Bestehen eines Gesammtschuldverhältnisses, da solches (die Korrealobligation) nur die äußeren Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner betreffe (Windscheid § 294, § 298 Note 12). Auf diesem Standpunkte steht auch prinzipiell das sächs. G. B. (§ 1036) und der dresd. Entw. (Art. 16). Dagegen sprechen die übrigen neueren Gesetzgebungen den Gesammtschuldnern und den Gesammtgläubigern oder doch den ersteren allgemein den Anspruch auf nachfolgende Ausgleichung zu (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 436, 443 ff.; österr. G. B. §§ 895, 896; code civil Art. 1213—1216; hess. Entw. Art. 11, 12, 13, bayr. Entw. Art. 239; schweiz. Bd. Ges. Art. 168). Die theoretische Betrachtung mag in der That zu dem Ergebnisse führen, daß die Entscheidung der Ausgleichungsfrage lediglich davon abhänge, ob das konkrete zwischen den Gesammtgläubigern oder zwischen den Gesammtschuldnern bestehende Rechtsverhältniß den Anspruch auf Ausgleichung begründe, dergestalt, daß der Ausgleichung Verlangende das Dasein eines solchen Verhältnisses zu beweisen hätte. Praktische Erwägungen erheischen aber, wie auch der Vorgang der erwähnten großen Gesetzgebungen zeigt, eine andere Bestimmung, nämlich, daß, soweit nicht aus Gesetz (z. B. §§ 338, 713, 1696) oder Rechtsgeschäft ein Anderes sich ergiebt, im Verhältnisse zu einander die Gesammtgläubiger als zu gleichen Antheilen berechtigt, die Gesammtschuldner als zu gleichen Antheilen verpflichtet gelten. Diese Bestimmung (Abs. 1) hat übrigens eine über das nach empfangener oder bewirkter Leistung in Frage kommende Ausgleichungs- und Regreßrecht hinausgehende Bedeutung. Sie enthält ein Prinzip über das innere Verhältniß überhaupt. Es erhellt hieraus insbesondere, daß die mehreren Gesammtschuldner in Ermangelung gegentheiliger Bestimmung von vornherein mit der Begründung des Gesammtschuldverhältnisses als in einem inneren Schuldverhältnisse stehend anzusehen sind, welches sie verpflichtet, so zu handeln, daß es überhaupt zu

Recht und Pflicht zu gleichen Antheilen.

einem Regresse nicht kommt. Sie sind kraft dieses inneren Schuldverhältnisses einander zu der erforderlichen Mitwirkung und Beitragung bei der Leistung verpflichtet, sofern nicht nach dem inneren Verhältnisse die Leistung nur von einem oder einigen Genossen zu bewirken ist. Letzterenfalls haben aber die nicht Leistungspflichtigen gegen die Leistungspflichtigen auch einen Anspruch darauf, daß sie selbst vor dem Anspruche des Gläubigers bewahrt bleiben.

Beneficium cedendarum actionum. Ein Recht des zahlenden Gesammtschuldners auf Klagabtretung (beneficium cedendarum actionum), ohne daß unter den Gesammtschuldnern eine Verpflichtung zur Ausgleichung besteht, ist nicht anzuerkennen; es würde dem inneren Schuldverhältnisse widersprechen. Wann und soweit ein solches Verpflichtungsverhältniß besteht, bestimmt der Entwurf, da die Abtretung sich nur als Formalität erweisen würde, den Uebergang der Rechte des Gläubigers kraft Gesetzes auf den Gesammtschuldner, welcher mehr als seinen Antheil geleistet hat (Abs. 2; vergl. § 297)[1]. Zugleich ist die zum Schutze des Gläubigers nöthige Bestimmung getroffen, daß jene Uebertragung zum Nachtheile des Gläubigers nicht geltend gemacht werden kann (Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXI Nr. 67, Seuffert's Archiv XXXII Nr. 138, Entsch. des R. G. in Civils. III Nr. 52; vergl. §§ 676, 1094, 1095).

Tragung des Ausfalles. Ergänzend wird bestimmt (Abs. 3), daß, wenn von einem Gesammtschuldner der ihm gemäß Abs. 1 obliegende Beitrag nicht erlangt werden kann, der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Gesammtschuldnern nach Maßgabe dieser Verpflichtung zu tragen ist (Abs. 3; ebenso österr. G. B. § 896, code civil Art. 1214, hess. Entw. Art. 12, bayr. Entw. Art. 239, schweiz. Bd. Ges. Art. 168).

§ 338.

b) bei Schadensersatz aus Delikt; Von dem Standpunkte des Entwurfes, welcher das Regreßrecht des Gesammtschuldners als Regel aufstellt, wenn nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft etwas Anderes sich ergiebt (§ 337 Abs. 1), erhebt sich die Frage, ob diese Regel auch dann Platz greifen solle, wenn bei einer Schadenszufügung durch eine widerrechtliche Handlung (Delikt) Mehrere als Gesammtschuldner haften. Für das röm. Recht wird von den Einen in allen Fällen, in welchen die Gesammtschuld aus einem Delikte entstanden ist, ein Regreß verneint, während Andere den Regreß nur dem dolosen Delinquenten versagen. Auf letzterem Standpunkte stehen im Wesentlichen das preuß. A. L. R. I, 6 §§ 33, 34, das sächs. G. B. § 1495 und der dresd. Entw. Art. 219. Der code civil Art. 1214, der hess. Entw. Art. 13 und der bayr. Entw. Art. 72 statuiren dagegen jene Ausnahme nicht, gewähren vielmehr den Regreß auch bei gemeinschaftlicher Haftung aus Delikt allgemein, während das schweiz. Bd. Ges. Art. 60 die Entscheidung der Frage, ob und in welchem Umfange dem Mitschuldigen, welcher den Schaden ersetzt, ein Regreß gegen die übrigen Mitschuldigen zustehe, dem richterlichen Ermessen anheimstellt.

---

[1]) Code civil Art. 1251.

Bei dem kulposen Delikte sprechen Rücksichten der Billigkeit dafür, die nachtheiligen Folgen einer Fahrlässigkeit, deren sich mehrere diesfalls als Gesammtschuldner haftende Personen schuldig gemacht haben, auf dieselben zu vertheilen, und nicht auf demjenigen liegen zu lassen, welcher den Ersatz geleistet hat. Insoweit bleibt es hiernach bei der in § 337 Abs. 1 ausgesprochenen Regel. Gleiche Gründe liegen jedoch zu Gunsten desjenigen, welcher vorsätzlich gehandelt hat, nicht vor. Der Umstand, daß die Anderen, welche gleiche Schuld trifft, durch seine Leistung von ihrer Schadensersatzpflicht befreit werden, kann nicht dazu führen, ihm ein Recht auf antheilsmäßigen Ersatz zu geben. Es ist vielmehr nicht ungerecht, wenn derjenige, welcher vorsätzlich handelte, die Folgen seiner Handlung voll und ganz allein zu tragen hat, wie wenn ein Mitverpflichteter nicht vorhanden wäre. Es erscheint daher gerechtfertigt, in Uebereinstimmung mit der erwähnten gemeinrechtlichen Ansicht und den ihr folgenden Gesetzgebungen nur beim kulposen Delikte ein Regreßrecht zu statuiren und für das dolose Delikt abweichend von der Regel (§ 337) des Entwurfes den Regreß auszuschließen. Die angeführte Bestimmung des schweiz. Bd. Ges. empfiehlt sich für den Entwurf nicht zur Aufnahme. Regreß bei Fahrlässigkeit.

§ 339.

Stehen bei Untheilbarkeit der Leistung (im juristischen Sinne) auf der Gläubigerseite mehrere Personen, so handelt es sich um Schaffung des Weges, auf welchem jeder Gläubiger unbeschadet der Rechte der übrigen Gläubiger und ohne Benachtheiligung des Schuldners zu seinem Rechte gelangen kann, wenn ein Gesammtschuldverhältniß im Sinne des § 321 nicht vorliegt. Liegt der Fall so, daß durch die an einen Gläubiger erfolgende Leistung auch die übrigen befriedigt werden (z. B. bei Herstellung eines in Folge der Herstellung allen Gläubigern gleichmäßig dienenden Werkes), so unterliegt es keinem Anstande, jedem Gläubiger die Forderung der ganzen Leistung zu gewähren und den Schuldner zur Leistung des Ganzen an den einen fordernden Gläubiger für verpflichtet zu erklären. Die Leistung kommt hier allen Gläubigern obligationsmäßig zu gut, also wird der Schuldner durch die Leistung an einen Gläubiger liberirt (Abs. 1 Satz 2). Meist ist aber das Verhältniß nicht ein derartiges. Nach preuß. Rechte haben solchenfalls nur alle Gläubiger zusammen das Recht, die Leistung zu fordern; dasselbe bestimmt prinzipiell der bayr. Entw. (Art. 242), jedoch daneben die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an einen Gläubiger, wenn der letztere dem Schuldner genügende Sicherheit leistet (vergl. Windscheid § 299 Nr. 4, 5; österr. G. B. § 890). Im Uebrigen regelt die Gesetzgebung diesen Fall im Wesentlichen im Anschlusse an die Grundsätze über das Gesammtschuldverhältniß (sächs. G. B. § 1037, hess. Entw., dresd. Entw., code civil Art. 1220, 1224, und schweiz. Bd. Ges. Art. 79). Dem Wesen eines solchen Rechtsverhältnisses entspricht in vollem Maße allein der Grundsatz, daß nur alle Gläubiger gemeinschaftlich die Leistung zu fordern berechtigt sind. Das gegentheilige Prinzip, jeder Gläubiger könne dergestalt das Ganze fordern, daß der Schuldner durch Leistung an ihn befriedigt werde, ist zwar sehr

III. Untheilbare Leistung. a) Mehrere Gläubiger.

Leistung an Alle.

einfach, verträgt sich aber nicht mit der nur gemeinsamen Berechtigung der Gläubiger. Das andere Prinzip, jeder Gläubiger könne dergestalt das Ganze fordern, daß der Schuldner von den Ansprüchen der übrigen nicht liberirt werde, während der Schuldner wegen dieser Ansprüche von dem die Leistung fordernden und empfangenden Gläubiger Sicherheitsleistung verlangen dürfe, steht mit dem Wesen des Schuldverhältnisses, wonach der Schuldner nur einmal zu leisten hat, noch weniger im Einklange. Jenes richtige vom Entwurfe (Abs. 1 Satz 1) angenommene Prinzip ist aber allerdings mit einem großen praktischen Uebelstande verbunden, welcher zu einer Modifikation nöthigt. Wenn nämlich nur ein Gläubiger sich zurückhält, so befinden die übrigen Gläubiger sich in einer schwierigen Lage, welche unter Umständen einer Art von Rechtlosigkeit gleichkommen kann. Dieser Gefahr tritt die Bestimmung entgegen, daß jeder Gläubiger das Recht hat, die Leistung an alle Gläubiger zu fordern. Hierdurch ist wenigstens in den zahlreichsten Fällen der nöthige Schutz gewährt, in welchen der eine oder der andere Gläubiger nur den Prozeßweg mit zu betreten Anstand nimmt. Handelt es sich freilich um Renitenz, bösen Willen oder sonst unlautere Motive des sich zurückhaltenden Gläubigers, so hilft diese Bestimmung nur unvollkommen, weil solchenfalls das Zwangsvollstreckungsverfahren auf unbesiegbare Hindernisse stoßen wird. Diese Fälle sind aber zu selten, um bei der Gestaltung der Regel berücksichtigt werden zu müssen, zumal die Vorschriften über die Gemeinschaft diesfalls Maß und Ziel setzen (s. §§ 769, 772). Auch die beiden anderen Prinzipien sind offensichtlich mit manchen praktischen Uebelständen verknüpft.

Recht des Einzelnen.

Empfangsbevollmächtigter.

Selbstverständlich wird der Schuldner in dem im Abs. 1 Satz 1 unterstellten Falle allen Gläubigern gegenüber liberirt, wenn er an einen von denselben gemeinsam bestellten Empfangsbevollmächtigten leistet (bayr. Entw. Art. 242 Abs. 3, dresd. Entw. Art. 743).

Handlungen Einzelner ꝛc.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes beruht auf den zu den §§ 325, 326, 334 ausgeführten Gründen für das in dieser Beziehung gleichartige Verhältniß mehrerer Gesammtgläubiger (Windscheid § 299; hess. Entw. Art. 37 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 243 Abs. 1; code civil Art. 1224). Hiernach bestimmt sich insbesondere die Wirksamkeit einer von einem einzelnen Gläubiger ausgehenden Kündigung oder Mahnung. Das Recht der Mahnung freilich bildet an sich einen nothwendigen Bestandtheil des Einforderungsrechtes (Abs. 1); dagegen kann das Recht der Kündigung und das Recht der Mahnung mit den Folgen des Verzuges für die übrigen Gläubiger dem einzelnen Gläubiger nicht beigelegt werden, weil hierin eine Art Verfügung über die Obligation liegt. Der Entwurf will übrigens mit der Bestimmung in Abs. 2 die Frage nicht entscheiden, was Rechtens ist, wenn in Ansehung eines Gläubigers in Folge einer nur seine Person betreffenden juristischen Thatsache (z. B. Verjährung, Urtheil, Vereinigung, Erlaß) die Obligation sich löst, in Ansehung der anderen Gläubiger nicht, ob nämlich alsdann das Recht des ausfallenden Gläubigers den anderen Gläubigern gleichsam zuwächst oder der Schuldner der gewinnende Theil ist.

Den Begriff der untheilbaren Leistung oder der untheilbaren Obligation bestimmt das Gesetzbuch nicht; die Entscheidung bleibt in dieser Beziehung der

Rechtswissenschaft überlassen. Die gesetzgeberischen Versuche einer Definition (hess. Entw. Art. 33, bayr. Entw. Art. 241; sächs. G. B. § 1037) sind nicht befriedigend.

§ 340.

Für den Fall, daß bei einem Schuldverhältnisse, welches auf eine untheilbare Leistung gerichtet ist, mehrere Schuldner betheiligt sind, wird schon im gemeinen Rechte vielfach eine Korreal- oder Solidarobligation angenommen (s. Windscheid § 299). Auf der anderen Seite steht die Ansicht, daß nur alle Schuldner gemeinsam belangt werden können, was auch nach preuß. Rechte angenommen und vom bayr. Entw. Art. 242 Abs. 1 bestimmt wird. Allein durch letztere Vorschrift wird dem Gläubiger die Verfolgung seines Rechtes, zumal in der Exekutionsinstanz, in bedenklichster Weise erschwert. Hierdurch wird man dahin gedrängt, bei dem Vorhandensein mehrerer Schuldner das Verhältniß dahin zu ordnen, daß jeder Schuldner für verpflichtet erklärt wird, das Ganze zu leisten. In dieser Weise bestimmen auch das österr. G. B. § 890, das sächs. G. B. § 1037, das schweiz. Bd. Ges. Art. 79, 155, der hess. Entw. Art. 35, 38, und der dresd. Entw. Art. 241, 242, 344. Der Fall wird den Vorschriften über Gesammtschuldverhältnisse unterstellt. In der That sind auch diese Vorschriften (§§ 322—338) hier anwendbar und geben ein durchaus angemessenes Resultat. Eine Modifikation dieser Regel ist auch nicht wegen solcher Fälle erforderlich, in welchen das Zusammenwirken aller Schuldner nothwendig oder die Verpflichtung eines jeden der mehreren Schuldner auf eine bestimmte Art der Mitwirkung beschränkt ist. Letzterenfalls fehlt das Erforderniß der untheilbaren Leistung, für welche mehrere Schuldner haften, indem der Gläubiger gegen jeden einzelnen Schuldner nur einen Anspruch auf die von diesem Schuldner zu bewirkende besondere Leistung hat (Windscheid § 300 Nr. 1). Ersterenfalls aber ist zu prüfen, ob dem Gläubiger gegenüber nur eine einheitliche Verpflichtung besteht oder ob dem Gläubiger gegenüber jeder Schuldner zu einer besonderen Leistung verpflichtet ist; dort entscheidet das Prinzip, dessen Ausschließung ungerechtfertigt wäre, hier läge wiederum keine Verpflichtung auf eine untheilbare Leistung vor.

b) Mehrere Schuldner.

Verpfl. auf das Ganze.

§ 341.

Das Besondere bei der untheilbaren Obligation liegt in der Untheilbarkeit der Leistung. Tritt in der Folge an die Stelle derselben eine theilbare Leistung, so müssen die für die Obligation nach ihrem jetzigen Leistungsgehalte maßgebenden Grundsätze Platz greifen. Jeder Gläubiger ist nur seinen Theil zu fordern berechtigt, jeder Schuldner nur seinen Theil zu leisten verpflichtet, auch hier vorausgesetzt, daß ein Gesammtschuldverhältniß im Sinne des § 321, insbesondere durch Rechtsgeschäft, nicht begründet ist, sondern lediglich die Untheilbarkeit der Leistung das Schuldverhältniß bestimmte. Diese Regel stimmt mit der herrschenden gemeinrechtlichen Anschauung und dem sonst geltenden Rechte überein (Wind-

Verwandelung in eine theilbare Leistung.

scheid § 299 Nr. 7; sächs. G. B. § 1038; schweiz. Bd. Ges. Art. 80; hess. Entw. Art. 39, bayr. Entw. Art. 246, dresd. Entw. Art. 243). Sie gilt insbesondere, wenn an die Stelle der untheilbaren Leistung der Werthsersatz oder Schadensersatz tritt. Ist die Umwandelung der Obligation in eine solche auf Schadensersatz durch das Verschulden nur eines der mehreren Schuldner eingetreten, so haftet nach allgemeinen Grundsätzen dieser allein für das gesammte Interesse; die anderen Schuldner haben das Verschulden nicht mitzuvertreten. Andererseits bestimmt sich in solchem Falle bei dem Vorhandensein mehrerer Gläubiger der jedem gebührende Schadensersatz nach dessen Interesse, dergestalt, daß, wenn das Interesse des einen vielleicht gar nicht verletzt wäre, derselbe gar keinen Schaden erlitten hätte, von einer Verpflichtung zum Schadensersatze ihm gegenüber keine Rede sein könnte. Alles dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen, ist aber auch durch die Fassung des Entwurfes („seinen Theil" nicht „Antheil") gedeckt.

Zweiter Abschnitt.
Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden.

Erster Titel.
Allgemeine Vorschriften.

I. Einseitiges Versprechen.

§§ 342, 343.

Der Entwurf hält in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und der modernen Gesetzgebung (z. B. bayr. L. R. IVc. 1 § 2, preuß. A. L. R. I, 5 §§ 2 ff., österr. G. B. § 859, sächs. G. B. § 770; vergl. hess. Entw. Art. 41, bayr. Entw. Art. 4) an dem Grundsatze fest, daß bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nur das akzeptirte Versprechen einer Leistung, d. h. der Vertrag, die Verpflichtung zur Erfüllung erzeugt, das einseitige, nicht angenommene, auch zur Annahme nicht bestimmte Versprechen einer Leistung, obwohl mit dem Verpflichtungswillen abgegeben, unverbindlich ist, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt. Dieser Grundsatz ist im Entwurfe selbst ausgesprochen (§ 342), weil bei der Regelung und Konstruktion einzelner Rechtsinstitute ausnahmsweise von der verbindlichen, unmittelbar schulderzeugenden Kraft des in dem einseitigen Versprechen liegenden Verpflichtungswillens ausgegangen ist, hieraus aber in Ermangelung einer den Grundsatz festhaltenden Bestimmung der Schluß gezogen werden könnte, daß der Entwurf den in der modernen Theorie vielfach aufgestellten Satz von der allgemeinen Verbindlichkeit des einseitig mit dem Willen, sich schon durch das Versprechen zu der versprochenen Leistung zu verpflichten, abgegebenen Schuldversprechens sich angeeignet habe. Rechtsverbindlichkeit

Kaum der Bemerkung bedarf es, daß die Anerkennung der bindenden Kraft des Vertragsantrages (§§ 80 ff.) mit dem in § 342 ausgesprochenen Prinzipe nicht im Widerspruche steht. Die verbindliche Kraft des einseitigen, auf unmittelbare Begründung eines Schuldverhältnisses gerichteten Versprechens hat der Entwurf ausnahmsweise anerkannt bei der Stiftung (§ 58), bei der Auslobung (§§ 581 ff.) und bei den Schuldverschreibungen auf Inhaber (§§ 685 ff.; s. auch §§ 412 ff.). Die analoge Anwendung auf rechtsähnliche in Ausnahmefällen.

Verhältnisse nach Maßgabe des § 1 ist durch die Bestimmung des § 342 nicht ausgeschlossen.

Anwendung der Vertragsgrundsätze. Wo das einseitige Versprechen als verpflichtend anerkannt ist, entsteht die Frage, ob und inwiefern die für Schuldverpflichtungen aus Verträgen geltenden Rechtsnormen auch auf solche einseitigen Schuldverpflichtungen anwendbar sind. Hier muß durch eine prinzipielle Vorschrift ergänzend eingegriffen werden (§ 343). Die Schuldverpflichtungen aus einseitigem Versprechen sind den aus Verträgen entspringenden innerlich und in ihrem juristischen Wesen so nahe verwandt, daß dieselben Rechtsnormen, welche für die letzteren gelten, auch für die ersteren zur Geltung gelangen müssen, soweit nicht ihre Unanwendbarkeit sich von selbst aus dem besonderen Karakter des einseitigen Versprechens, insbesondere aus dem Umstande ergiebt, daß der Gegenkontrahent und die Willenseinigung zweier sich gegenüberstehender Parteien fehlen. Die allgemeine Vorschrift des § 343 empfiehlt sich, wenn sie auch in der Praxis zu manchen Zweifeln Anlaß geben mag, vor dem Auswege, die Frage in jedem Falle, wo das Gesetz das einseitige Versprechen für verpflichtend erklärt, durch spezielle Bestimmungen zu beantworten. Dieser Weg wäre mit großen Weiterungen verknüpft, ohne die Sicherheit einer für alle Fälle zureichenden und zweifelsfreien Lösung zu bieten. Zudem ließe er im Stiche, wenn das Gesetz einmal, um der Rechtswissenschaft nicht vorzugreifen, unentschieden lassen müßte, ob seinen Normen das Prinzip der Verpflichtung aus einseitigem Versprechen zu Grunde liegt oder nicht. Jene an die Vorschrift des § 343 anknüpfenden Zweifel wird die Rechtswissenschaft befriedigender lösen, als der Gesetzgeber im Stande wäre.

II. Gegenstand der Verträge.

§ 344.

Ein Vertrag ist, wie zu § 206 bemerkt, nach dem Standpunkte des Entwurfes nicht schon deshalb nichtig, weil die den Gegenstand des Vertrages bildende Leistung für den Gläubiger kein vermögensrechtliches Interesse hat. Dagegen ist die Gültigkeit eines jeden Vertrages in Ansehung seines Gegenstandes von verschiedenen anderen Erfordernissen abhängig, welche als allgemeine in den §§ 344 ff. normirt sind.

a) Unmögliche Leistung; Ein Vertrag ist nichtig, wenn die Leistung (§ 206), auf welche er gerichtet ist, unmöglich oder durch Gesetz verboten ist oder gegen die guten Sitten verstößt. In Ermangelung der Möglichkeit der Leistung fehlt es dem Vertrage am Gegenstande: impossibilium nulla est obligatio. Verstanden ist die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen. Der natürlichen Unmöglichkeit steht gleich die juristische Unmöglichkeit, so, wenn der Vertrag auf die Bewirkung eines rechtlichen Erfolges oder Rechtsverhältnisses gerichtet ist, welche das Gesetz nicht zuläßt oder ablehnt. Im Uebrigen läßt sich der Begriff der Unmöglichkeit nicht allgemein begrenzen. Es kommt auf den Inhalt, die Modalitäten des einzelnen Vertrages an. Auch enthält sich der Entwurf, (mit dem schweiz. Bd. Ges. Art. 17) einzelne Fälle der

Unmöglichkeit der Leistung besonders aufzuführen[1]). Anlangend insbesondere die dem Verkehre entzogenen Gegenstände, so bedarf es für die durch die Natur der Dinge der menschlichen Verfügungsmacht entzogenen Sachen keiner Bestimmung; das auf solche Sachen sich beziehende Leistungsversprechen ist zweifellos wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig. Aber auch hinsichtlich derjenigen Sachen, welche dem Verkehre durch ein positives Gesetz entzogen erscheinen, ist eine besondere Bestimmung entbehrlich, da aus dem betreffenden Gesetze entnommen werden muß, in welchem Umfange der Verkehr der Sachen ausgeschlossen ist; soweit dies der Fall ist, kann es sich nur um eine verbotene Leistung handeln. Uebrig bleiben hiernach die zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen, welche, mindestens nach dem modernen Rechte, nur solche Verträge nicht zulassen, wodurch diese ihre Bestimmung, so lange dieselbe auf dem durch das öffentliche Recht bestimmten Wege nicht aufgehoben ist, beeinträchtigt würde, insbesondere die öffentlichen Wege, Straßen und Plätze. Bei diesen Sachen zeigt sich das Eigenthümliche, daß solche Verträge über sie geschlossen werden können, deren Erfüllung die erwähnte Bestimmung der Sachen unberührt läßt. Trifft das Gegentheil zu, so liegt juristische Unmöglichkeit der Leistung vor, wobei der Wissenschaft die Lösung der Frage überlassen bleiben muß, ob immer objektive Unmöglichkeit anzunehmen ist oder ob etwa in concreto im Hinblicke auf den Umstand, daß das Hinderniß durch obrigkeitliche oder behördliche Anordnung gehoben werden kann, bei Unkenntniß der Parteien von der beschränkten Verkehrsunfähigkeit die Auffassung begründet sein könnte, daß ein dem Vertrage über Sachen oder Rechte eines Dritten (§ 348) analog zu behandelnder Vertrag vorliege. Ist über die fraglichen Sachen kontrahirt in Beziehung auf die Möglichkeit der Beseitigung des Hindernisses, so erledigt sich der Fall nach der Bestimmung des § 346.

dem Verkehre entzogene Gegenstände,

Aus dem Grundsatze, daß das blos subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt läßt, beantwortet sich auch die, insbesondere in der Doktrin des gemeinen Rechtes bestrittene Frage, ob ein Vertrag über die Veräußerung einer nicht existirenden Forderung nichtig ist. Der Schuldner hat gemäß der Vorschrift des § 298 dem Zessionar die Existenz der Forderung zu gewährleisten, bei schenkungsweiser Zession greift die Bestimmung des § 443 Platz.

subjektives Unvermögen des Schuldners;

Eine besondere Vorschrift über den Einfluß nur theilweiser Unmöglichkeit des Leistungsgegenstandes auf die Gültigkeit des Vertrages (sächs. G. B. § 797, dresd. Entw. Art. 30) ist im Hinblicke auf die allgemeine Vorschrift des § 114 entbehrlich. Letztere gilt auch für die gegenseitigen Verträge, wobei allerdings, falls erweislich die Parteien auch in tantum kontrahirt haben, die Minderung der Gegenleistung in Frage kommt. Auch diesfalls ist aber eine Spezialvorschrift entbehrlich. Liegt der Fall so, daß anzunehmen ist, die Parteien hätten auch

theilweise Unmöglichkeit.

---

[1]) Nicht vorhandene, untergegangene Sachen, dem Verkehre entzogene Sachen, Verträge über eigene Sachen oder Rechte (s. zu § 503). Vergl. preuß. A. L. R. I, 4 § 14, I, 5 § 58 ff., I, 11 § 39, österr. G. B. § 880, code civil Art. 1128, sächs. G. B. §§ 793—795, hess. Entw. Art. 55, bayr. Entw. Art. 25, dresd. Entw. Art. 4, 27, 28, 29.

in tantum kontrahirt, so wird zugleich erhellen, wie es nach ihrer Intention mit der Kürzung der möglich gebliebenen Gegenleistung zu halten ist. Hierbei mögen die Bestimmungen über die Preisminderung bei der Mängelgewähr in vielen Fällen einen passenden Anhalt für die Entscheidung abgeben.

b) Verbotene, unsittliche Leistung. Auch in Ansehung der Verträge gelten selbstverständlich die Fundamentalsätze der §§ 105, 106. Ergänzend greift die Vorschrift ein, daß Verträge über Leistungen, welche durch Gesetz verboten sind oder den guten Sitten widerstreiten, nichtig sind. Eine Exemplifikation erschien auch hier bedenklich[1]).

Daß über unmögliche sowie über verbotene Leistungen für den Fall der Aufhebung der Unmöglichkeit oder des Verbotes gültig kontrahirt werden kann, folgt aus §§ 346, 347. In Ansehung der Sittenwidrigkeit der Leistung entscheidet immer die Zeit des Vertragsschlusses[2]).

Aus § 343 folgt, daß die Vorschriften des § 344 auch für die Verpflichtungen aus einseitigem Versprechen gelten. Eine gleiche Bestimmung für gesetzliche Obligationen (dresd. Entw. Art. 3, hess. Entw. Art. 2) ist augenscheinlich entbehrlich.

§ 345.

Negatives Vertragsinteresse a) bei Unmöglichkeit der Leistung; Wenn im Falle der Nichtigkeit des Vertrages aus einem der in dem § 344 angegebenen Gründe ein Kontrahent dem Anderen etwas geleistet hat, so ergeben die Vorschriften über die Kondiktionen (§§ 737 ff.), ob und inwieweit jener Kontrahent gegen den Empfänger der Leistung einen Rückforderungsanspruch hat. Die Nichtigkeit des Vertrages hat im Uebrigen bei konsequenter Auffassung zur rechtsnothwendigen Folge, daß ohne Rücksicht darauf, ob ein Kontrahent den Grund der Nichtigkeit kannte oder kennen mußte, an die Stelle des Anspruches auf die Vertragsleistung auch kein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse treten kann. Dagegen gewährt der Entwurf dann, wenn der Vertrag wegen Unmöglichkeit der versprochenen Leistung nichtig ist, in Uebereinstimmung mit einem heutzutage nahezu allgemein anerkannten unabweisbaren Verkehrsbedürfnisse wie mit der Praxis und der Gesetzgebung den Anspruch auf das sog. negative Vertragsinteresse[3]). Dieser Anspruch muß beiden Kontrahenten gleichmäßig gewährt werden, nicht blos demjenigen, welchem die unmögliche Leistung versprochen worden ist, gegen den Versprechenden, sondern auch dem letzteren, insbesondere also bei gegenseitigen Verträgen demjenigen, welcher die unmögliche Leistung versprochen hat, gegen den anderen Kontrahenten, welcher für die unmögliche Leistung eine Gegenleistung versprochen

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 4 §§ 6 ff., I, 5 §§ 68 ff., österr. G. B. § 878, sächs. G. B. §§ 90, 793, schweiz. Bd. Ges. Art. 17, hess. Entw. Art. 2, 53, bayr. Entw. Art. 24, dresd. Entw. Art. 3.

[2]) Vergl. § 1853 (Vermächtniß).

[3]) Windscheid § 315 Note 7, § 307 Note 5; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 53, 284, I, 11 § 40; österr. G. B. §§ 871—873; sächs. G. B., spez. Mot. S. 761 (vergl. § 844); hess. Entw. Art. 55 Abs. 2, Mot. zum bayr. Entw. Art. 25 S. 62; dresd. Prot. S. 112, 113; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 43; Seuffert's Arch. XXX Nr. 238, XXXI Nr. 129.

hat; denn soweit der Vertrag auch in Ansehung der Gegenleistung nichtig ist, beruht auch diese Nichtigkeit auf der Unmöglichkeit der Leistung. Voraussetzung des Anspruches ist aber, daß der in Anspruch Genommene die Unmöglichkeit gekannt hat oder daß seine Unkenntniß der Unmöglichkeit auf Fahrlässigkeit beruhte (§ 144 Abs. 1). Die Haftung für das negative Vertragsinteresse ist aber ausgeschlossen, wenn auch der Kontrahent, welcher den Anspruch erhebt, die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte (§ 146). Mit Aufstellung des Erfordernisses der Fahrlässigkeit auf Seiten des in Anspruch Genommenen weist der Entwurf einerseits diejenige Theorie ab, wonach die Haftung unter Absehen von einer Verschuldung lediglich aus einer nothwendigen Garantie des betreffenden Kontrahenten entspringen soll, andererseits die auch in der Gesetzgebung vertretene Ansicht, daß nur im Falle des dolus oder etwa auch der culpa lata gehaftet werde. Der Entwurf bleibt, indem er als Voraussetzung für die Haftung Fahrlässigkeit verlangt, mit allgemeinen Grundsätzen, wonach Schadensersatzpflicht, abgesehen von besonderen Fällen, nur im Falle einer Verschuldung begründet ist, im Einklange. Er stellt aber einen absoluten Maßstab auf, indem er allgemein die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters nach Maßgabe des § 144 Abs. 1 verlangt.

Die Beschränkung des Umfanges des Anspruches auf höchstens denjenigen Betrag, welchen der Schadensersatzberechtigte bei Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages wegen Nichterfüllung desselben hätte verlangen können, entspricht der richtigen, in Theorie und Praxis vertretenen Ansicht.

Nicht entschieden hat der Entwurf hier und an anderen Orten die Frage, ob die Haftung für das negative Interesse eine Haftung aus Delikt oder wegen Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten ist. Obwohl diese Frage praktisch nicht unwichtig ist (vergl. z. B. § 719), so glaubte man der Wissenschaft die Lösung überlassen zu müssen. Das Bedürfniß einer Lösung durch positive Bestimmung liegt nicht vor.

Im zweiten Absatze werden die Vorschriften des ersten Absatzes ausdrücklich auf den Fall für entsprechend anwendbar erklärt, wenn die versprochene Leistung nur theilweise, oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich, der Vertrag aber im Uebrigen nach Maßgabe des § 114 oder des § 211 Abs. 1 gültig ist. Der letztere Fall wird beim Zutreffen der gedachten Voraussetzung dem Falle der theilweisen Unmöglichkeit gleichgestellt. Tritt zufolge der Regel des § 114 Nichtigkeit des ganzen Vertrages ein, so finden die Vorschriften des Abs. 1 direkt Anwendung. Eine besondere Regelung erscheint nur für den Fall geboten, wenn nach der in § 114 gemachten Ausnahme oder nach der Regel des § 211 Abs. 1 der Vertrag trotz der theilweisen Unmöglichkeit gültig ist. Der Anspruch auf das negative Interesse muß hier deshalb zugestanden werden, weil der Vertrag wenigstens so, wie er geschlossen, nicht gültig ist. Seiner Natur nach ist der Anspruch in beiden Fällen derselbe, nur die Grundlagen der Interessenberechnung sind verschieden. Wissenschaft und Praxis könnten vielleicht auch ohne ausdrückliche Bestimmung an der Hand der Vorschriften der §§ 114, 345 Abs. 1 zu demselben Resultate gelangen. Zweifelhaft ist dies immerhin, weil der Entwurf keine prinzipielle Bestimmung über die culpa in contrahendo enthält.

b) bei theilweiser Unmöglichkeit 2c.

§ 346.

Hypothetische, nicht dauernde Unmöglichkeit.

Die Unmöglichkeit der Leistung kann eine absolute, aber auch nur eine hypothetische oder nicht dauernde sein. Die Bestimmung des § 344 gilt an sich auch für die Fälle der nur hypothetischen oder der nicht dauernden Unmöglichkeit. Wenn aber eine derartige Unmöglichkeit vorliegt, so kann für den Fall der Beseitigung oder der Erledigung derselben gültig kontrahirt werden; der Vertrag ist solchenfalls als ein durch die Beseitigung oder Erledigung der Unmöglichkeit suspensiv bedingter anzusehen. Im Interesse der Klarheit des Gesetzes und zur Verdeutlichung des § 344 spricht der Entwurf dies aus, wobei insbesondere wichtig ist die Betonung, daß der in Rede stehende Vertrag als ein suspensiv bedingter gilt (Abs. 1 verb. mit Abs. 2)[1]. Die Aufstellung einer Vermuthung für oder gegen die Annahme eines derart bedingten Vertrages liegt dem Entwurfe ferne. Es kommt immer auf die Prüfung des einzelnen Falles an. Der Entwurf bestimmt von dem Grundsatze, daß die Unmöglichkeit sich nach der Zeit der Vertragserrichtung bestimme, in fernerer Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte[2] eine Ausnahme, falls der Vertrag über eine unmögliche Leistung unter einer (anderen) aufschiebenden Bedingung (als der im Abs. 1 bezeichneten) geschlossen wird. Ein solcher Vertrag ist gültig, seine Wirksamkeit aber davon abhängig, daß bis zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Unmöglichkeit weggefallen ist. Würde die Unmöglichkeit der Leistung vor Eintritt der Bedingung beseitigt, zur Zeit der Erfüllung der Bedingung aber wieder bestehen, so wäre der Vertrag hiernach nicht unwirksam; er müßte vielmehr namentlich in Bezug auf die Folgen einer Verschuldung hinsichtlich der wieder eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung allerdings Wirkung äußern (vergl. § 134).

1. Vertrag für den Fall der Beseitigung.

2. Suspensiv bedingter Vertrag.

§ 347.

Negatives Interesse bei verbotswidrigem Vertrage.

Die Ausdehnung der Vorschriften in §§ 345, 346 auf einen Vertrag, dessen Schließung durch Gesetz verboten ist (§ 105) oder durch welchen eine durch das Gesetz verbotene Leistung versprochen wird, ist durch die Konsequenz geboten, wenn auch die Vorschrift in § 345 im Hinblicke darauf, daß bei demjenigen Vertragschließenden, welcher die Verbotswidrigkeit nicht gekannt hat, meistens ein unentschuldbarer Rechtsirrthum und daher ein Kennenmüssen anzunehmen sein wird, nur geringen praktischen Werth haben mag. Im Falle des Abschlusses eines Vertrages, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt (§ 106) oder durch welchen eine sittenwidrige Leistung versprochen wird, finden dagegen die §§ 345, 346 keine Anwendung; insbesondere ist in dieser Beziehung für die Frage der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages immer die Zeit des Vertragsschlusses entscheidend[3].

---

[1] Vergl. sächs. G. B. § 796 Satz 1, bayr. Entw Art. 25, 26, dresd. Entw. Art. 31 Abs. 1, Seuffert's Archiv XXXI, Nr. 129; s. dagegen preuß. A. L. R. I, 5 § 57.

[2] Windscheid I § 83 Nr. 1 a. E.; ebenso sächs. G. B. § 796 Satz 2; bayr. Entw. Art. 25, 26; vergl. Entwurf § 1853 Satz 2.

[3] Vergl. § 1853.

§ 348.

Im Anschlusse an das gemeine Recht bringt der Abs. 1 den Grundsatz zum Ausdrucke, daß ein gültiger Vertrag auch über Sachen oder Rechte eines Dritten geschlossen werden kann[1]). Nach dem franz. Rechte ist ein Vertrag, durch welchen Jemand sich zur Veräußerung einer (nicht beweglichen) fremden Sache, als wäre sie seine eigene, verpflichtet, nichtig. Mag diese Vorschrift (code civil Art. 1579) auf dem Gesichtspunkte der Unerlaubtheit eines derartigen Vertrages beruhen oder auf dem französischrechtlichen Prinzipe, daß schon durch die bloße Uebereinstimmung der Parteien das dingliche Recht auf den Erwerber übergehe, Niemand aber mehr Rechte auf einen Anderen übertragen könne, als er selbst hat: sie steht mit den Prinzipien des Entwurfes im Widerspruche. Der bedingungsweise auf den Fall, daß der Schuldner das Eigenthum der Sache erwerbe, abgeschlossene Vertrag oder ein Vertrag, durch welchen Verkäufer für die Genehmigung des Eigenthümers einzustehen verspricht, ist auch nach franz. Rechte gültig. Es ist Thatfrage, ob ein Vertrag unter einer solchen Bedingung oder in dem Sinne eines Vertrages über die Handlung eines Dritten abgeschlossen worden; zutreffendenfalls greift § 348 Abs. 2 Platz. Der Entwurf benöthigt aber keiner Anlehnung an diese Bestimmung. Einerlei, ob der Schuldner wußte oder nicht wußte, daß der Gegenstand ein fremder sei (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 139, I, 5 §§ 46 ff.), ist der Vertrag gültig; auf Seiten des Schuldners kann nur ein subjektives Unvermögen in Frage stehen, welches ihn nicht befreit. Er haftet eventuell, soweit das Gesetz (vergl. §§ 442, 443, 551) keine Ausnahme macht, für das volle Interesse (§§ 237 ff., 377). Wußte der andere Kontrahent, welchem geleistet werden soll, daß die Sache oder das Recht einem Dritten gehöre, so ist der Leistungspflichtige gegen den Anspruch auf Erfüllung bezw. auf das Interesse unter Umständen durch die exceptio doli geschützt, wie bei Kenntniß des Gläubigers regelmäßig die Rechtsgewährpflicht in Wegfall kommt (§§ 373, 380). Kein Grund liegt vor, den Vertrag, falls beide Kontrahenten um die Fremdheit wußten, für nichtig, bezw. nur als einen unter der Bedingung des Erwerbes des Gegenstandes durch den Leistungspflichtigen stehenden und insoweit gültigen Vertrag anzusehen. Nach der konkreten Sachlage kann aber gerade in solchem Falle der Vertrag als ein sittenwidriger anzusehen sein. Die negative Fassung des Entwurfes (Abs. 1) weist auch darauf hin, daß ein Vertrag über Sachen oder Rechte eines Dritten den allgemeinen Voraussetzungen in Ansehung der Gültigkeit unterliegt, in concreto also auch wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein kann.

Vertrag a) über Sachen oder Rechte,

Der Vertrag, worin die Handlung eines Dritten versprochen wird, läßt, wie die Praxis lehrt, aus dem Grunde, weil doch die Handlung des Dritten nicht in der Macht des Versprechenden steht, Zweifel in der Richtung zu, ob der Versprechende sich nur habe anheischig machen wollen, alle Bemühungen

b) über die Handlung,

---

[1]) Windscheid § 264 Nr. 1, § 385 Nr. 6, § 315 Noten 1—3; württemb. Arch. XI S. 162, 167; Seuffert's Arch. XXX Nr. 247, XXXI Nr. 218; ebenso österr. G. B. § 923; sächs. G. B. § 798; dresd. Entw. Art. 32.

aufzuwenden, um den Dritten zu der Handlung zu vermögen, ohne das Einstehen für den Erfolg zu übernehmen, oder ob er die Garantie für den Erfolg seines Versprechens übernommen habe. Die Entscheidung hängt selbstverständlich von der Feststellung des Willens der Vertragschließenden im einzelnen Falle ab[1]). Der Entwurf kann sich aber einer Bestimmung darüber, was im Zweifel als gewollt gelten soll, um so weniger entziehen, als die Gesetzgebung den Vertrag verschieden auffaßt. Das preuß. A. L. R. I, 5 § 40 ff. stellt die Vermuthung für den schwächer wirkenden Vertrag auf (ebenso bayr. Entw. Art. 35, 36). Dem Wesen und der juristischen Bedeutung der Vertragschließung sowohl, als der regelmäßigen Absicht der Parteien entspricht jedoch die andere Vermuthung, daß der Versprechende solchenfalls für den Erfolg seines Versprechens einzustehen sich verpflichtete. Hierdurch wird ein völlig klares und festes Rechtsverhältniß begründet. Der Versprechende hat hiernach ohne Rücksicht auf eine bestimmte Diligenzpflicht als Garant für die Erfüllung seines Versprechens resp. das Erfüllungsinteresse zu haften[2]). Der code civil Art. 1120 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 127 erkennen nur einen auf Bewirkung der Leistung gerichteten, also mit Garantie für den Erfolg verbundenen Vertrag an; Verträge mit der abgeschwächten Bedeutung wären hiernach nichtig. Wenn auch hierfür manche Gründe sich anführen lassen mögen, so kann doch einem derartigen Vertrage nicht allgemein die Gültigkeit abgesprochen werden. Eine solche positive Bestimmung enthielte ohne Nöthigung eine weitgreifende Aenderung des in einem großen Theile Deutschlands bestehenden Rechtes. Durch die Bestimmung des Abs. 2 in Verbindung mit den Bestimmungen des V. Buches über den Vermächtnißvertrag wird auch eine besondere Vorschrift über den Fall, wenn Jemand eine Leistung für seine Erben verspricht, entbehrlich.

§ 349.

c) über die Erbschaft eines Dritten.

α. Geltendes Recht.

Nach älterem röm. Rechte war die Veräußerung der Erbschaft eines noch lebenden Dritten schlechthin nichtig. Die spätere Rechtsentwickelung ließ den Vertrag, falls der künftige Erblasser unbestimmt (persona incerta) war, zu. Justinian ging in seiner bekannten Verordnung (l. 30 Cod. de pactis 2, 3) noch einen Schritt weiter. Er verwarf zwar alle derartigen Verträge über die Erbschaft eines bestimmten Dritten als pactiones odiosae et plenae tristissimi et periculosi eventus, als contra bonos mores verstoßend, gestattete sie indessen, wenn der bestimmte Dritte, über dessen Nachlaß paktirt worden, seine Zustimmung zu dem Vertrage gegeben, so jedoch, daß die Wirksamkeit des Vertrages nach dem Grundsatze, daß Niemand sich in der Testirfreiheit beschränken oder binden könne, davon abhängig blieb, ob nicht der Erblasser seine Zustimmung bis zu seinem Tode widerrief. Ohne die Zustimmung des künftigen Erblassers war ein derartiger Vertrag überhaupt nichtig. Ob das römische

---

[1]) Oesterr. G. B. § 881, sächs. G. B. § 799; Windscheid § 317.

[2]) Ebenso für alle Fälle code civil Art. 1120, schweiz. Bd. Ges. Art. 127, hess. Entw. Art. 191, 192, dresd. Entw. Art. 34.

Verbot in Deutschland gemeinrechtlich gelte, ist bestritten. Die dagegen geltend gemachten Gründe sind jedoch nicht stichhaltig. Zunächst folgt daraus, daß Erbverträge (vergl. §§ 1940 ff.) nach unbestrittenem Gewohnheitsrechte in Deutschland, entgegen dem röm. Rechte, wirksam sind, nichts für Verträge der vorliegenden Art. Beide Verträge haben einen völlig verschiedenen Inhalt, und die Gründe, aus denen das röm. Recht beiden Arten von Verträgen entgegentrat, sind durchaus verschieden. Auch die Behauptung, daß die deutsche Auffassung betreffs der in Frage stehenden Verträge eine der römischen Auffassung entgegengesetzte sei, ist keineswegs begründet. Die gemeinrechtliche Praxis[1]) hat zwar im Anschlusse an die Ansicht, welche die Gültigkeit derartiger Verträge aus derjenigen der Erbverträge ableitet, geschwankt, ist aber überwiegend auf den Standpunkt des röm. Rechtes zurückgekehrt. Ebenso wird in der Literatur ganz überwiegend die Fortdauer des römischrechtlichen Verbotes vertreten. In dem Sinne desselben hat sich auch die deutsche Gesetzgebung, mit verschiedenen Ausnahmen, seit dem Mittelalter entwickelt[2]). Von den modernen Gesetzen schließt sich das sächs. G. B. § 2563 in Ansehung der Verträge über die Erbschaft eines bestimmten lebenden Dritten ganz an die Verordnung Justinian's an. Ebenso der dresd. Entw. Art. 33, ohne sich jedoch über den Einfluß des späteren Widerrufes der Einwilligung des Dritten auszusprechen. Noch über das röm. Recht hinaus erklären der code civil Art. 1130, 791, 1600, sowie das bad. L. R. jeden Vertrag über die noch nicht eröffnete Erbschaft eines noch lebenden Dritten, selbst bei Zustimmung des letzteren, für unbedingt ungültig (Entsch. des R. G. in Civils. XV Nr. 81). Ebenso bestimmen der hess. Entw. IV, 1 Art. 54, der bayr. Entw. II Art. 27, sowie der Erbrechtsentwurf von Mommsen § 208, daß die Erbschaft einer noch lebenden Person oder ein Vermächtniß hieraus auch nicht mit Einwilligung jener Person Gegenstand eines Vertrages zwischen dritten Personen sein könne. Auch nach dem österr. G. B. § 879 Ziff. 4 ist ein Vertrag, wodurch man eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, welche man von einer dritten Person hofft, noch bei deren Lebzeiten veräußert, auch im Falle der Zustimmung des Dritten unbedingt ungültig. Das preuß. A. L. R. I, 11 § 446 schreibt vor, daß der Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, welche dem Verkäufer noch erst anfallen soll, nichtig sei. Allein in dem Abschnitte von den Erbverträgen (I, 12 §§ 649 ff.) sind unter denjenigen Personen, welche zu einer künftigen bestimmten Erbschaft als gesetzliche Erben berufen sind, Verträge, wodurch dieser Erbschaft entsagt oder deren Theilung im Voraus angeordnet wird, zugelassen; solche Verträge sollen auch zu Gunsten eines Fremden dann Geltung haben, wenn

---

[1]) Seuffert's Arch. XXX Nr. 44, XXXI Nr. 249; Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 36, vergl. VIII Nr. 49 S. 194; Windscheid § 529 Note 4.

[2]) Schwäb. L. R. Kap. 33; bamberg. Statut (14. Jahrh.) § 309; münch. Statut v. 1347; freiburg. Stadtrecht v. 1520 III Tit. 2; nürnberg. Reformation v. 1564 III Tit. 34 § 6; lüneburg. Stadtrecht III Tit 5; frankfurt. Reformation v. 1578 III Tit. 2 § 3; kurpfälz. L. R. v. 1610 II Tit. 22 Nr. 3; Stift Würzburg'sche Land Ger. O. v. 1618 III Tit. 99 § 1; baden-hochberg'sches L. R. v. 1622 IV Tit. 24 (Roth, bayr. Civ. R. III § 394, I).

derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrage als Mitkontrahent ausdrücklich beitritt, welchenfalls der künftige Erblasser an den Vertrag, wie an seinen eigenen Erbvertrag, gebunden ist. Ist derjenige, über dessen künftige Erbschaft ein solcher Vertrag geschlossen wird, eine verbindliche Willenserklärung abzugeben nicht fähig, so wird das Erforderniß der Zustimmung des Erblassers durch gerichtliche Aufnahme und Abschließung des Vertrages ersetzt, was auch auf den Fall der Verschollenheit des künftigen Erblassers angewendet wird. Während hiernach in Deutschland die Gesetzgebung bis auf die neueste Zeit überwiegend sich mehr oder weniger gegen die Erbschaftsverträge kehrt oder sie doch nur unter Beschränkungen zuläßt, hat nur in wenigen Territorialrechten eine entgegengesetzte Anschauung Platz gegriffen, wozu wohl hauptsächlich die erwähnte irrige Ansicht, daß aus der Gültigkeit des Erbvertrages auch diejenige des Erbschaftsvertrages folge, beigetragen haben mag. Dahin gehört das bayr. L. R. (Cod. Max. Bav. Th. III Kap. 11 Nr. 5) sowie das württemb. L. R. von 1610[1]. Der Standpunkt des in dem größten Theile Deutschlands geltenden Rechtes beruht offenbar darauf, daß die dem römischrechtlichen Verbote zu Grunde liegenden Motive auch heute noch als zutreffend erkannt werden. Angesichts dessen wird auch eine neue Gesetzgebung von vornherein Bedenken tragen müssen, ohne zwingende Gründe den Erbschaftsverträgen Gültigkeit zuzuerkennen und damit für den größten Theil Deutschlands neues Recht zu schaffen. Die Behauptung, daß die Anschauung von der Gefährlichkeit und sittlichen Verwerflichkeit der in Frage stehenden Verträge den heutigen Anschauungen widerstreite, ist keineswegs stichhaltig[2]. Diese Anschauung ist auch für die heutigen Verhältnisse noch eine wohlbegründete, und aus ihr der Hauptgrund gegen die Zulässigkeit derartiger Verträge zu entnehmen. Ueberdies sind dieselben, abgeschlossen zwischen dem präsumtiven Erben und einem Fremden, vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus bedenklich. In den meisten Fällen würde dadurch nur dem Leichtsinne ein weiterer Weg zur Vermögensverschleuderung und der unlauteren Spekulation Gelegenheit zur Ausbeutung des Leichtsinnes eröffnet. Auch, wo die Noth zu solcher Veräußerung treiben könnte, wäre dem Veräußernden in der überwiegenden Anzahl der Fälle dadurch wenig geholfen, wohl aber die letzte Aussicht auf eine spätere Wiederaufrichtung abgeschnitten. Allerdings mag sich in gewissen Grenzen ein Bedürfniß der Zulassung solcher Verträge in Deutschland bald mehr, bald weniger geltend gemacht haben, nämlich für Verträge innerhalb der Familie, bei Gutsübergaben, Auswanderungen, Abfindungen von Geschwistern u. dergl. Insoweit trifft zu, daß Erbschaftsverträge im Volke nicht als etwas Anstößiges betrachtet werden. Diesen Fällen

β. Standpunkt des Entwurfes.

---

[1] Württemb. L. R. II, 9 § 7; jedoch nicht unbestritten, s. Sarwey, Monatsschrift XX S. 129 ff., württemb. Archiv XVII S. 89 ff. Das schweiz. Bd. Ges. enthält keine Bestimmung. Dem Erbschaftsvertrage weit günstiger als das röm. Recht, stellt sich das zür. G. B. §§ 2138—2142.

[2] Vergl. Seuffert's Arch. XXX, 44, Entsch. d. R. G. in Civils. IV S. 127, Mommsen, Erbrechtsentw. v. 1876, Mot. S. 274, 275.

kommen auch die erwähnten Bestimmungen des preuß. A. L. R. vorzugsweise entgegen. Für die Zulassung des Vertrages, gerichtet auf Veräußerung einer künftigen Erbschaft an einen Fremden, kann dagegen ein Bedürfniß kaum geltend gemacht werden. Innerhalb der bezeichneten Grenzen, in welchen sich ein Bedürfniß der Anerkennung von Erbschaftsverträgen geltend gemacht hat, wird demselben genügt und dasselbe auch auf allein sichere Weise befriedigt dadurch, daß an dem Vertrage der Erblasser selbst als Mitkontrahent Theil nimmt. Tritt der Dritte, um dessen künftige Erbschaft es sich handelt, dem Vertrage als Mitkontrahent bei, so ist Alles in befriedigender Weise geordnet, jeder Ungewißheit ein Ende gemacht und unlauteren Spekulationen auf Noth und Leichtsinn die Thüre verschlossen. Es liegt solchenfalls nicht blos ein obligatorischer Vertrag zwischen den ersten Kontrahenten vor, sondern das Verhältniß löst sich auf in einen Erbverzichtsvertrag zwischen dem Veräußerer und dem künftigen Erblasser, einen Erbeinsetzungsvertrag zwischen dem letzteren und dem Erbschaftserwerber, und einen Vertrag zwischen dem letzteren und dem Veräußerer, dessen Gegenstand der Erbverzicht, in der Regel gegen eine Abfindung, bildet. Selbstverständlich müssen die Formen des Erbverzichts- und Erbeinsetzungsvertrages eingehalten werden. Wo die Theilnahme des künftigen Erblassers an dem Vertrage nicht zu erzielen ist, werden regelmäßig gute Gründe für die Weigerung des Erblassers vorhanden sein. Der Vertrag unterbleibt dann besser ganz auch in den Kreisen und Verhältnissen, für welche das bezeichnete Bedürfniß nicht ganz zu leugnen ist. Wollte man für solche Verhältnisse die Zulässigkeit vom Willen des künftigen Erblassers unabhängig erklären, so könnte doch konsequenter Weise das hieraus entstehende Rechtsverhältniß zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber kaum anders gestaltet werden, als beim Erbschaftskaufe (§§ 488 ff.), nämlich als ein obligatorisches. Das ergäbe aber ein unsicheres und durchaus unzweckmäßiges Resultat für beide Theile, wodurch dem mehrerwähnten Bedürfnisse gerade nicht genügt würde. Auch bei Zustimmung des Erblassers zu dem Vertrage (im Gegensatze zu seiner Theilnahme als Kontrahent) könnte ohne Durchbrechung erbrechtlicher Prinzipien einem solchen Vertrage keine über obligatorische Rechtsbeziehungen hinausgehende erbrechtliche Wirkung beigelegt werden.

Nichtigkeit obligator. Verträge über d. Erbsch.

Der Entwurf erklärt demgemäß obligatorische Verträge über die Erbschaft eines Dritten oder über den Bruchtheil einer solchen Erbschaft (vergl. § 319 Abs. 3, § 350, § 501), geschlossen vor dessen Tode, für nichtig; und zwar alle Verträge, nicht etwa blos die auf Veräußerung gerichteten, z. B. auch den Vertrag über die Bestellung eines Nießbrauches an der Erbschaft, sowie ohne Unterschied, ob der eine Vertragschließende Vertragserbe ist oder Erbe aus einem Testamente oder nach dem Gesetze zu werden Aussicht hat oder nicht. Ueber das röm. Recht (vergl. sächs. G. B.) hinaus erklärt der Entwurf solche Verträge für nichtig, selbst dann, wenn der Dritte (Erblasser) nur einfach zugestimmt hätte. Mit dem Erfordernisse der Zustimmung des Dritten wäre, wie gezeigt, nichts gewonnen; bis zum Tode desselben bestände der Zustand der Ungewißheit für beide Kontrahenten doch, was gerade zu unlauteren Einwirkungen auf den Dritten, und, um einen Widerruf der Zustimmung unmöglich zu machen, selbst zur Bedrohung seines Lebens führen könnte.

Entscheidender Zeitpunkt. Der entscheidende Zeitpunkt für die Frage der Gültigkeit des Vertrages ist der Tod des Erblassers. Ein nach dem Tode vor dem Erbanfalle abgeschlossener Erbschaftsvertrag untersteht in Ansehung seiner Gültigkeit den allgemeinen Grundsätzen. Mit dem Tode des Erblassers zessiren die Hauptgründe, welche das Verbot rechtfertigen.

Erbschaft einer unbestimmten Person, Die Vorschrift des § 349 betrifft (mit dem preuß. A. L. R. I, 11 § 446), über das röm. Recht hinaus, auch Verträge über die Erbschaft einer unbestimmten Person (Abs. 1 Satz 2; z. B. einen vor der Auswanderung abgegebenen Verzicht auf alle event. Erbrechte). Die Gründe, welche für die Bestimmung der Nichtigkeit des Vertrages über die Erbschaft eines lebenden bestimmten Dritten maßgebend sind, treffen meist auch hier zu.

eines Handlungsunfähigen. Der § 349 gilt endlich auch bei Verträgen über die Erbschaft eines nicht handlungsfähigen Dritten (preuß. A. L. R. I, 12 § 653). Es ist nicht zu leugnen, daß derartige Verträge je nach Gestalt der Sache ihre Bedenken und Gefahren für die Person des zu Beerbenden und Unlauterkeiten im Gefolge haben können, wozu noch die Unzuträglichkeiten kommen, welche sich ergeben, wenn der Handlungsunfähige die Handlungsfähigkeit wieder erlangt. Auf dem Boden des röm. Rechtes, wie in der Jurisprudenz des code civil und des bad. Landrechtes wird vielfach angenommen, daß das Verbot der Erbschaftsverträge auf Verträge über die nicht eröffnete Erbschaft eines Verschollenen (§§ 6 ff.) nicht anwendbar sei. Allein es verhält sich hier in ähnlicher Weise wie bei der Erbschaft Handlungsunfähiger, und es fehlt, wenn auch die Bedenken gegen Erbschaftsverträge hier mehr zurücktreten, doch an dem Nachweise des Bedürfnisses einer Ausnahme. Ein Vertrag über die Erbschaft eines für todt Erklärten fällt dagegen nicht unter die Vorschrift des § 349 (§ 21 Abs. 2).

Vermächtniß; Pflichttheil. Die inneren Gründe für das Verbot des § 349 treffen auch für Verträge über ein Vermächtniß oder einen (eventuellen) Pflichttheilsanspruch (§§ 1975 ff.) zu. In dem zweiten Absatze ist deshalb das Verbot auf solche Verträge ausgedehnt.

§ 350.

Vertrag über das ganze a) künftige, Ein Vertrag, durch welchen Jemand sich verpflichtet, sein ganzes **künftiges** Vermögen einem Anderen zu übertragen, verstößt gegen die öffentliche Ordnung, welche nicht zuläßt, daß Jemand sich gewissermaßen seiner Erwerbsfähigkeit begiebt und damit zugleich allen Antrieb zum Erwerbe verliert. Aehnlich verhält es sich, wenn der Vertrag nur auf die Uebertragung einer Quote des künftigen Vermögens gerichtet ist; zudem würde ein solcher Vertrag zu unabsehbaren Verwickelungen führen. Diese Bedenken treffen in gleichem Maße zu, wenn das Vermögen oder die Vermögensquote nicht zu vollem Rechte, sondern nur zum Nießbrauche übertragen werden soll. Bezieht sich der Vertrag (z. B. eine Schenkung) nur auf dasjenige Vermögen, welches zur Zeit des Todes des Versprechenden vorhanden sein wird, so verbirgt sich darin ein erbrechtlicher Vertrag, gegen dessen Gültigkeit, die Wahrung der betreffenden erbrechtlichen Normen, namentlich der Formvorschriften vorausgesetzt (§§ 1940 ff.), nichts zu erinnern ist. Das Verbot des § 350 Abs. 1 bezieht sich auf jeden

Vertrag, welcher die Uebernahme der Verpflichtung zur Uebertragung des ganzen künftigen Vermögens (oder einer Quote), bezw. zur Bestellung des Nießbrauches daran zum Gegenstande hat, nicht blos auf die Schenkung. Der Entwurf geht hiernach in verschiedener Richtung über das bestehende Recht hinaus, einmal, indem er den Vertrag über die Schenkung des künftigen Vermögens für nichtig erklärt, sodann durch Ausdehnung der Vorschrift auf Verträge, welche die Verpflichtung zur Nießbrauchbestellung am künftigen Vermögen zum Gegenstande haben, sowie auf alle, auch die entgeltlichen Verträge unter Lebenden des in § 350 Abs. 1 bezeichneten Inhaltes[1]). Die Vorschrift trifft also insbesondere auch den Gesellschaftsvertrag, sowie die häufigen Verträge, wodurch Jemand gegen das Versprechen einer Leibrente, Versorgung, eines Leibgedinges oder einer anderen Gegenleistung die in Abs. 1 bezeichnete Verpflichtung übernimmt (s. §§ 660 ff. und Anmerkung dazu).

b) gegenwärtige Vermögen.

Zulässig ist dagegen ein Vertrag, durch welchen Jemand nur sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben einem Anderen zu übertragen oder den Nießbrauch daran zu bestellen (§§ 1038 ff.) sich verpflichtet. Einen derartigen Schenkungsvertrag für unzulässig zu erklären (sächs. G. B. § 1053), liegt kein genügender Grund vor. Allerdings kann ein Vertrag, durch welchen Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder eine Quote desselben verschenkt, nicht unerhebliche Verwickelungen herbeiführen. Die Möglichkeit derartiger Verwickelungen zeigt sich aber bei allen Verträgen, durch welche das Vermögen als Ganzes oder eine Quote desselben, ohne daß gerade eine Schenkung vorliegt, übertragen wird. Und doch kann keine Rede

---

[1]) Nach der herrschenden gemeinrechtlichen Anschauung ist die Schenkung auch des zukünftigen Vermögens ebenso zulässig (Windscheid § 368 Nr. 8, 9), wie ein das künftige Vermögen umfassender Gesellschaftsvertrag (Windscheid § 405 Noten 2, 3). Ob das preuß. A. L. R. die Schenkung des künftigen Vermögens zuläßt (I, 11 §§ 1087, 1088), ist nicht ohne Zweifel, dasselbe kennt aber nur eine allgemeine Erwerbsgesellschaft (I, 17 §§ 176, 178). Das österr. G. B. (§ 944) beschränkt die Schenkung des künftigen Vermögens auf die Hälfte dieses Vermögens und stellt (§§ 1177, 1178, 1180) in Ansehung des Gesellschaftsvertrages über das Vermögen die Vermuthung auf, daß er sich auf das gegenwärtige, bezw. nur auf das künftig zu erwerbende, nicht das ererbte, Vermögen beziehe. Nach dem code civil ist nur die Schenkung des gegenwärtigen Vermögens und ein Gesellschaftsvertrag in Ansehung des künftigen Vermögens nur quoad usum zulässig (Art. 943, 1837). Nach dem württemb. L. R. II, 18 § 6 ist die Schenkung des gegenwärtigen und künftigen Vermögens nichtig, außer der Schenker hätte etwas vorbehalten, „darin er testiren möchte“. Das sächs. G. B. erklärt jede Schenkung des gegenwärtigen, wie zukünftigen Vermögens oder einer Quote für nichtig; der Gesellschaftsvertrag ist hinsichtlich des Gegenstandes unbeschränkt (§§ 1053, 1389, 1390). Die neueren Entwürfe erklären die Schenkung des künftigen Vermögens gleichmäßig für nichtig, lassen aber den Gesellschaftsvertrag auch über künftiges Vermögen zu, der bayr. Entwurf jedoch mit der Maßgabe, daß ein solcher Vertrag sich nicht auf Erbschaften, Schenkungen und andere Glücksfälle beziehe (also nur Erwerbsgesellschaft, vergl. hess. Entw. Art. 365, 98, bayr. Entw. I a 95, II Art. 539, dresd. Entw. Art. 501, 774). Bezüglich des Vermögensnießbrauches s. noch sächs. G. B. § 631. Durch die Vorschrift des Entwurfes § 350 Abs. 1 werden selbstverständlich die Eheverträge über Gütergemeinschaft unter Ehegatten so wenig berührt als die Erbverträge.

davon sein, die Unzulässigkeit dieser namentlich im Stande der Grundbesitzer in vielen Gegenden ungemein häufigen und eingebürgerten Verträge zu bestimmen, in welcher Beziehung nur an die sog. Altentheilsverträge erinnert zu werden braucht. Muß aber einmal die vertragsmäßige Uebertragung des ganzen gegenwärtigen Vermögens im Prinzipe zugelassen werden, so ist nicht abzusehen, weshalb gerade eine solche im Wege der Schenkung als unstatthaft auszuschließen sein soll. Auch solche Schenkungsverträge sind in einigen Gegenden nichts weniger als selten. Meist werden sie in der Weise geschlossen, daß der Beschenkte eine Auflage übernimmt, durch welche der Karakter des Vertrages als eines Schenkungsvertrages nicht alterirt wird. Oft sind diese Schenkungsverträge von den zuvor erwähnten Verträgen nur schwer zu unterscheiden[1]).

Auch die Vorschrift des Abs. 2 befaßt sich nur mit dem obligatorischen Vertrage. Zu seiner Vollziehung erheischt derselbe die Vornahme desjenigen (dinglichen) Aktes, durch welchen die Uebertragung der in dem betreffenden Vermögen befindlichen einzelnen Gegenstände nach den Vorschriften des Entwurfes erforderlich ist (Zession, Tradition, Auflassung 2c.). Eine Universalsukzession in das Vermögen wird durch einen derartigen Vertrag rechtlich nicht begründet. In Ansehung der Forderungen und anderer zessibeler Rechte wird aber die Erfüllung der Verpflichtung zur Uebertragung erleichtert durch die Vorschriften der §§ 312, 313, 1039. In Ansehung der Schuldenhaftung ist die Vorschrift des § 319 maßgebend (§ 1040).

Formvorschrift. Der Entwurf bindet die Gültigkeit eines jeden, entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrages des in Abs. 2 bezeichneten Inhaltes (nicht blos einer Schenkung) an die Einhaltung der gerichtlichen oder notariellen Form (§ 91 Abs. 2), nicht nur zur Befestigung der Rechtssicherheit, sondern auch, um die Kontrahenten bei diesen inhaltsschweren Geschäften, welche vielfach faktisch eine antizipirte Erbfolge enthalten, vor Uebereilung zu schützen, zugleich, um die Umgehung der Formvorschriften für die Verfügungen von Todeswegen möglichst zu verhüten[2]). Der Vertrag, nicht blos das vertragsmäßig gegebene Versprechen (§ 440), ist auch im Falle des obligatorischen Schenkungsvertrages über das ganze gegenwärtige Vermögen unter das Formerforderniß gestellt. Der Entwurf verlangt nur „gerichtliche oder notarielle Form", nicht den „Abschluß des Vertrages vor Gericht oder Notar"[3]). Es ist hiernach, gemäß dieser von dem Entwurfe durchgeführten Unterscheidung, nicht erforderlich, daß die Willenserklärungen der Parteien bei gleichzeitiger Anwesenheit derselben vor Gericht oder Notar angegeben werden. In Ansehung der Zuständigkeit der Gerichte und Notare, sowie des Verfahrens derselben wird das Einführungsgesetz einen Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetze enthalten (s. I. Buch zu § 92 S. 186 ff.)

---

[1]) Ueber die Rechte und Ansprüche der Pflichttheilsberechtigten aus dem Grunde der Verletzung des Pflichttheiles durch einen Vertrag im Sinne des § 350 Abs. 2 bestimmt das V. Buch § 2009 ff.

[2]) S. dagegen § 488: Erbschaftskauf.

[3]) Vergl. („vor Gericht oder Notar") §§ 868, 962, 1248, 1616; (gerichtlich oder notariell) §§ 58, 92 Abs. 3, § 440 Abs. 1, §§ 1212, 1335, 1388 Abs. 3, §§ 1393, 1437 Abs. 1, § 1591.

Gemäß der Vorschrift des § 441 ist die durch Veräußerung vollzogene Schenkung auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig. Hieraus folgt aber nicht, daß im Falle einer nur theilweisen Erfüllung eines formwidrigen, also nichtigen Schenkungsvertrages über das ganze gegenwärtige Vermögen speziell vollzogene und somit formfreie Schenkungen vorlägen, der auf Uebergabe des ganzen Vermögens gerichtete Schenkungsvertrag somit theilweise gültig vollzogen wäre. Denn die Schenkung einzelner Gegenstände ist, da mit derselben eine Verbindlichkeit des Beschenkten zur Schuldentilgung nicht eintritt, etwas dem Gegenstande nach Anderes, als die Schenkung des ganzen Vermögens. Eine andere Beurtheilung könnte nur eintreten, wenn der Uebertragende nicht in der Absicht der Vertragserfüllung, sondern, wenn auch in Kenntniß von der wegen Formlosigkeit mangelnden Verbindlichkeit des Vertrages, in der Absicht einer speziellen schenkungsweisen Zuwendung übertragen hätte, wenn also neue selbständige, durch Veräußerung vollzogene Schenkungen im Sinne des § 441, nicht theilweise Erfüllung des Vertrages, anzunehmen wären. Die Möglichkeit solcher Fälle erheischt keine besondere Fürsorge etwa zum Schutze der Gläubiger; die Vorschriften der actio Pauliana reichen diesfalls aus.

Für die Beurtheilung der Frage, ob vorkommendenfalls ein Vertrag, durch welchen das gegenwärtige und künftige Vermögen zu übertragen oder die Bestellung des Nießbrauches am gegenwärtigen und künftigen Vermögen versprochen wurde, im Ganzen oder nur insoweit, als er das künftige Vermögen betrifft, als nichtig anzusehen sei, ist die Vorschrift des § 114 maßgebend.

§ 351.

Vertrag auf Uebertragung des Eigenthumes an Grundstücken.

Die Frage, ob der obligatorische Immobiliarvertrag in Abweichung von dem Prinzipe der Formfreiheit der Verträge zu formalisiren sei, ist keine ganz zweifellose.

a) Formvorschrift.

Das preuß. A. L. R. verlangt die schriftliche Form und zwar in der Weise, daß anders, als bei den Verträgen über bewegliche Sachen, die Form durch Erfüllung des Vertrages nicht entbehrlich gemacht wird (I, 5 §§ 135, 146, I, 11 §§ 1065, 1066, s. Eccius I § 79 S. 469 Anm. 67). Ebenso wird in anderen deutschen Partikularrechten, welche im Allgemeinen die Formfreiheit der Verträge anerkennen, für die Veräußerung von Grundstücken eine besondere Form verlangt[1]). Der für die Einführung einer besonderen Form geltend gemachte Grund, daß die Grundstücke die werthvollsten Gegenstände des Vermögens seien, hat zwar erheblich an Bedeutung verloren, seitdem in Folge der Entwickelung des wirthschaftlichen Lebens die Ansammlung der erheblichsten Werthe in Gegenständen möglich geworden ist, welche fast noch mehr als Grundstücke aus sich selbst ein Einkommen gewähren und ohne Rücksicht auf

---

[1]) So in Sachsen (G. B. §§ 822, 824), Württemberg (Ges. v. 23. Juni 1853), Bayern (Notariats Ges. v. 10. November 1861), Hessen (Ges. v. 4. August 1871), auch in Oesterreich (G. B. § 434). Das schweiz. Bd. Ges. Art. 10 verweist auf das kantonale Recht, der dresd. Entw. Art. 76 auf die Landesgesetzgebungen.

ihren Werth, wie z. B. Inhaberpapiere, auf formlose Weise aus einer Hand in die andere übergehen. An sozialer Bedeutung aber hat das Grundeigenthum im Laufe der Zeit nichts eingebüßt. Der Grundbesitz ist die natürliche Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung und verdient schon deshalb die ihm zu Theil werdende besondere Rücksicht auch in der Beziehung, daß die Veräußerung nicht leicht zu nehmen ist. Der Grundbesitz ist außerdem für die Lebensstellung und den Beruf des Eigenthümers in der Weise von Bedeutung, daß die Veräußerung, selbst wenn sie unter günstigen Bedingungen erfolgt, mit dem Umtausche anderer Vermögensgegenstände nicht auf eine Linie gestellt werden kann. Es kommt hinzu, daß jedes Grundeigenthum mit einer Reihe von Rechtsverhältnissen zusammenhängt, welche wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigenthumes von weitaussehender Dauer sind, so daß also auch die Veräußerung und der Erwerb immer eine besondere Vorsicht erfordern, wenn nicht für die Vertragschließenden erhebliche Schwierigkeiten zu befürchten sein sollen. Es ist auch nicht zu verkennen, daß, hervorgerufen durch ernste Uebelstände, welche sich an die Formfreiheit dieser Verträge mehr und mehr geknüpft haben, eine starke Strömung im Sinne der Nothwendigkeit einer besonderen Form sich geltend macht. Diese Strömung, sowie die inneren Gründe, auf welchen sie beruht, dürfen nicht ignorirt werden, zumal sie schon in Gebieten, in welchen bisher Formfreiheit der gedachten Verträge gegolten hat, zur legislatorischen Inangriffnahme der Frage geführt haben. Mit der einfachen Schriftform sind allerdings auch wieder Nachtheile verbunden. Gerade bei dieser Form besteht die Gefahr, daß sie zum Abschlusse des Vertrages führt, ohne daß die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse eine vollständige Regelung erfahren, ja, ohne daß die Vereinbarungen der Vertragschließenden in den dem äußeren Anscheine nach vollständigen Vertrag vollständig aufgenommen werden. Die Erwägung dieser Umstände hat zur Annahme der gerichtlichen oder notariellen Form geführt. Kein Grund besteht aber, die Formvorschrift, wie schon vorgeschlagen worden, zu beschränken auf solche Verträge, welche über landwirthschaftliche Grundstücke geschlossen wurden. Das Bedürfniß ist auch in Ansehung anderer Grundstücke anzuerkennen, abgesehen von der Zweifelhaftigkeit der Frage, welche Grundstücke zu den landwirthschaftlichen gehören oder als der Landwirthschaft dienend anzusehen sind. Ebensowenig besteht ein genügender Anlaß zu einer Beschränkung der Vorschrift auf Kauf- oder Tauschverträge. Dagegen ist ein wirkliches Bedürfniß nur hervorgetreten in Ansehung der Verträge, durch welche die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthumes an einem Grundstücke (§ 781 Abs. 1 und 2) übernommen wird, nicht auch für Verträge, durch welche Jemand sich zur Bestellung oder Aufhebung eines anderen Rechtes an einem Grundstücke verpflichtet.

b) Wirkung des Formmangels.

In Ansehung der mit der Formvorschrift zu verbindenden Wirkung ist das unbeschränkte Nichtigkeitsprinzip (§ 91) nicht festzuhalten. Abgesehen davon, daß es Dunkelheiten mit sich bringt, insbesondere auch den Buchrichter leicht zu dem Mißverständnisse veranlassen könnte, als dürfe er ohne Vorlegung des Vertrages die Auflassung nicht entgegennehmen oder die Eintragung in das Grundbuch nicht vornehmen, führt es zu weit, da hiernach bei vollzogener Uebertragung des Eigenthumes unter Umständen noch dreißig Jahre lang

kondizirt werden könnte. Andererseits genügte das an einigen Orten bei mangelnder Form bestehende oder sonst empfohlene Rücktritts- oder Reurecht nicht. Die Verbindung eines solchen Rechtes mit dem Mangel der Form hätte im Systeme des Entwurfes etwas durchaus Exzeptionelles, vor Allem aber wäre seine Gestaltung keineswegs einfach. Es würden daraus voraussichtlich eine Reihe neuer Zweifel und mancherlei Streitigkeiten entstehen. Klar und einfach und für den durch die Form erstrebten Zweck vollkommen genügend, wird die Wirkung dahin bestimmt, daß der für sich allein in Folge des Formmangels nichtige Vertrag durch die nachfolgende Uebertragung des Eigenthumes, d. h. Auflassung und Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch, gültig wird[1]). Hierdurch ist jede Schwierigkeit einer späteren Rückforderung ausgeschlossen und doch die Aussicht auf wohlüberlegtes, alle Verhältnisse berücksichtigendes Handeln gewährleistet. Vor der Auflassung und Eintragung besteht keine auch nur obligatorische Bindung der Vertragschließenden, so daß aus dem formlosen Vertrage auch nicht auf die Mitwirkung zur Auflassung geklagt werden kann. Der Entwurf stellt außerdem klar, daß mit der Auflassung und Eintragung der obligatorische Vertrag so, wie er zur Zeit der Auflassung unter den Vertragschließenden besteht, nach seinem ganzen Inhalte Gültigkeit erlangt, womit viele Streitigkeiten namentlich über die Gültigkeit von Nebenverabredungen abgeschnitten werden.

§ 352.

Bestimmtheit bezw. Bestimmbarkeit der Leistung. a) Unbestimmtheit.

Jede rechtsgeschäftliche Willenserklärung muß, wenn sie die beabsichtigte rechtliche Wirkung haben soll, hinreichend bestimmt sein[2]). Der Schwerpunkt der hiervon ausgehenden Vorschrift liegt in dem Satze, daß das Erforderniß auch erfüllt ist, wenn die Leistung in dem Vertrage nicht unmittelbar, sondern mittelbar bestimmt oder nach dem Vertragsinhalte (§§ 73, 359) nur bestimmbar ist[3]). Die Anhaltspunkte für die Bestimmung des Gegenstandes können nach der Mannigfaltigkeit der Fälle sehr verschieden sein; es handelt sich immer um die Auslegung des Vertrages. Die Vorschrift des § 352 gilt selbstverständlich auch für Verträge mit einem nur der Gattung nach bezeichneten Gegenstande.

Die §§ 353—357 enthalten die erforderlichen Vorschriften über einige besondere Fälle, in denen die Vertragsleistung nicht im Vertrage unmittelbar bezeichnet ist, sondern nach den im Vertrage enthaltenen Bestimmungen ermittelt werden soll.

---

[1]) Nach dem preuß. Ges. über den Eigenthumserw. 2c. an Grundstücken vom 5. Mai 1872 § 10 wird die mangelnde Form des obligatorischen Rechtsgeschäftes durch die Auflassung geheilt; diese aber ist nur als eine solche gedacht, welcher die Eintragung in allen Fällen sofort nachfolgt.

[2]) Vergl. § 1877.

[3]) S. Windscheid §§ 254, 314; preuß. A. L. R. I, 5 § 71, I, 11 §§ 31, 52, 54; österr. G. B. § 1058; code civil Art. 1108, 1129; sächs. G. B. §§ 90, 800, 801; hess. Entw. IV, 1 Art. 3, 56, bayr. Entw. Art. 1, 28, dresd. Entw. Art. 5; Entsch. d. R. G. in Civils. VIII Nr. 58.

§§ 353, 354.

b) Bestimmung durch einen Vertragschließenden; Die Bestimmung der Leistung kann nicht der Willkür des Schuldners überlassen werden. Es fehlte solchenfalls an der Verpflichtung des Schuldners, einem Essentiale des Vertrages. Wohl aber kann durch den Vertrag die Bestimmung einer Vertragsleistung auf das Ermessen eines der Kontrahenten gestellt werden[1]).

arbitrium boni viri. Im Interesse der Aufrechthaltung derartiger Verträge und der vermuthlichen Parteiintention entsprechend stellt der Entwurf (§ 353 Abs. 1) die Interpretationsregel auf, daß, falls nach dem Inhalte des Vertrages eine Leistung von einem der Vertragschließenden bestimmt werden soll, derselbe die Bestimmung nach billigem Ermessen (arbitrium boni viri) zu treffen habe. Daneben giebt der Entwurf (§ 354) für die im Verkehre besonders häufig vorkommenden Fälle, wenn bei gegenseitigen Verträgen (z. B. Kauf-, Dienstverträgen) nur die Leistung des einen Theiles bestimmt, die (an sich verabredete, vergl. z. B. § 559 Abs. 2, § 567 Abs. 2, § 586 Satz 2) Gegenleistung aber in Ansehung ihrer Größe unbestimmt gelassen ist, die besondere, gleichfalls der Verkehrssitte entsprechende Interpretationsregel, daß die Bestimmung der Größe der Gegenleistung dem billigen Ermessen desjenigen Kontrahenten überlassen sei, welchem sie gebührt[2]). Derjenige Kontrahent, welchem hiernach die Bestimmung der Leistung anheimgegeben worden, ist dazu durch den Vertrag verpflichtet. Als vertragliche Erklärung und im Sinne des Vertrages ist die Bestimmung, wenn sie dem anderen Theile gegenüber erklärt ist, getroffen und damit unwiderruflich (§ 353 Abs. 2). Auf die Erklärung finden im Uebrigen die allgemeinen Bestimmungen über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen Anwendung (§§ 74 ff.).

Verzögerung der Bestimmung. Der zur Abgabe der Bestimmung berechtigte Kontrahent hat an der endgültigen Erledigung der Sache durch die Bestimmung des anderen meist ein dringendes Interesse. Man kann ihn für den Fall, daß letzterer die Bestimmung verzögert, nicht auf die allgemeinen Grundsätze verweisen, dergestalt, daß schließlich die prozeßrechtlichen Vorschriften (C. P. O. §§ 773, 774) Platz griffen. Der Entwurf (§ 353 Abs. 3) eröffnet daher dem betreffenden Kontrahenten einen einfachen Weg, um zur Bestimmung der Leistung zu gelangen. Die Bestimmung erfolgt durch Urtheil an Stelle der Bestimmung durch den Bestimmungspflichtigen, gleichviel, ob der letztere die Bestimmung nicht treffen will oder sie in schuldhafter Weise verzögert. Zuständig ist dasjenige Gericht, diejenige Behörde, welche nach den gesetzlichen Bestimmungen für das betreffende Vertragsverhältniß kompetent ist. Auch das schiedsgerichtliche Urtheil, wenn die Parteien sich hierauf vereinigen, ist nicht ausgeschlossen. Durch diese Vorschrift ist dem klageberechtigten Kontrahenten sein Recht, gegen den

---

[1]) Windscheid § 254 Noten 3, 4, § 314 Nr. 1, 2; preuß. A. L. R. I, 5 § 71; code civil Art. 1854; sächs. G. B. §§ 664, 802; bayr. Entw. Art. 28 Abs. 2, Art. 29, hess. Entw. Art. 56, dresd. Entw. Art. 35; vergl. Entsch. des vorm. R. O. H. G. XI Nr. 84, XVI S. 427, Seuffert's Archiv XXX Nr. 237, XXXII Nr. 118.

[2]) Windscheid § 386 Note 6; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 109; sächs. G. B. § 802; hess. Entw. Art. 56, bayr. Entw. Art. 29, dresd. Entw. Art. 35.

Säumigen sein Interesse nach den allgemeinen Normen zu verfolgen, selbstverständlich nicht benommen[1]).

Eine der Billigkeit nicht entsprechende Bestimmung ist nicht die vertragsmäßige. Der andere Kontrahent braucht sie deshalb nicht anzuerkennen. Wird die Bestimmung als billige nicht anerkannt, so erfolgt auf Klage des einen oder anderen Kontrahenten die Entscheidung durch Urtheil wie im Falle der Verzögerung der Bestimmung (§ 353 Abs. 4). In Ansehung der Beweislast sind die allgemeinen Grundsätze maßgebend (vergl. §§ 193 ff.)[2]). Anfechtung.

§ 355.

Die Bestimmung der Leistung kann in dem Vertrage auch einem oder mehreren Dritten überlassen werden. So lange die Kontrahenten sich über die Personen des oder der Dritten noch nicht geeinigt, die Benennung derselben sich vielmehr noch vorbehalten haben, fehlt die Uebereinstimmung über einen wesentlichen Punkt des Vertrages und ist dieser noch nicht geschlossen (§§ 77, 78). Das Ermessen des oder der Dritten kann, wie die im § 357 aufgestellte Interpretationsregel ergiebt, als reines oder billiges Ermessen gemeint sein[3]). Ein Vertrag, durch welchen die Bestimmung der Leistung dem Ermessen eines Dritten überlassen wird, ist hiernach gültig, hängt aber in seiner Wirksamkeit davon ab, daß der Dritte die Bestimmung treffen kann oder will, wofern die Kontrahenten nicht anderweite Vorsorge für die Aufrechthaltung des Vertrages getroffen haben; der Dritte ist regelmäßig von den Kontrahenten aus besonderem Vertrauen gewählt, so daß der Vertrag in den bezeichneten Fällen zerfallen muß. Verpflichtet zur Abgabe der Bestimmung ist der Dritte nicht[4]). Ueber die juristische Konstruktion des Verhältnisses spricht sich der Entwurf nicht aus; es kann dieselbe der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben, insbesondere, ob der Vertrag als ein durch den Ausspruch des Dritten bedingter, ev. ob als resolutiv oder als suspensiv bedingter, anzusehen sei. Die Analogie mit dem in § 212 Abs. 1 normirten Falle mag in manchen Fällen zum Anhalte dienen[5]). Der Vertrag ist auch unwirksam, wenn der Dritte innerhalb der im Vertrage bestimmten Frist die Bestimmung nicht trifft oder in Ermangelung einer Fristbestimmung verzögert. Darüber, wann eine

c) Bestimmung durch einen Dritten.

Bedingung der Wirksamkeit des Vertrages.

---

[1]) Sächs. G. B. § 803; dresd. Entw. Art. 36.

[2]) Vergl. Windscheid § 254 Note 5; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 109; Seuffert's Archiv XXX Nr. 237, XXXII Nr. 118; sächs. G. B. § 803; bayr. Entw. Art. 32, hess. Entw. Art. 60, dresd. Entw. Art. 36.

[3]) Arbitrium merum — boni viri, Windscheid § 254 Note 5; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVIII Nr. 91.

[4]) Windscheid § 254 Noten 8, 9; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 72, 73.

[5]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. und I, 11 § 51; österr. G. B. § 1056; sächs. G. B. §§ 802, 804; hess. Entw. Art. 56, 57, bayr. Entw. Art. 29 30, dresd. Entw. Art. 35, 37, 40; code civil Art 1854.

derartige Verzögerung vorliegt, entscheiden die Umstände des einzelnen Falles. Die Gleichstellung der genannten Fälle mit den erstbezeichneten entspricht sowohl der Sachlage, indem in der Verzögerung meist eine Ablehnung seitens des Dritten zu finden sein wird, als der Intention der Parteien. Dasselbe muß in Ermangelung anderer Vereinbarung der Parteien gelten, wenn die Bestimmung mehreren Dritten übertragen ist und diese zu einer Einigung nicht gelangen können. Es ist anzunehmen, daß die Bestimmung der Dritten an Stelle des Einverständnisses der Parteien in die Seele der Kontrahenten abgegeben werden soll. Aus Zweckmäßigkeitsgründen macht aber der Entwurf in Uebereinstimmung mit der neueren Gesetzgebung[1]), zweifellos auch mit der regelmäßigen Intention der Kontrahenten, hiervon eine Ausnahme für den Fall, wenn die mehreren Dritten eine Summe zu bestimmen haben: einigen sich die Dritten nicht über die Summe, so ist die aus den verschiedenen von denselben bezeichneten Summen zu ziehende Durchschnittssumme maßgebend.

Mehrere Dritte.

§ 356.

Erklärung gegenüber den Vertragschließenden.

Aus der Vertrauensstellung des Dritten ergiebt sich ohne Weiteres, daß er die durch den Vertrag ihm übertragene Bestimmung in Person treffen muß. Eine von ihm nicht persönlich getroffene Bestimmung wäre nicht die vertragsmäßig gewollte.

Die Vorschrift, daß die Bestimmung des oder der Dritten getroffen ist, wenn sie auch nur einem der Vertragschließenden gegenüber erklärt ist, dient, wie die entsprechende Vorschrift in § 212, im ersichtlichen Interesse der Kontrahenten und deren Intentionen zur wünschenswerthen Beschleunigung.

In Uebereinstimmung mit dem sächs. G. B. § 806 spricht der Entwurf ferner den aus der Aufgabe und Stellung des Arbitrators sich ergebenden Satz besonders aus, daß die einmal von demselben getroffene Bestimmung unwiderruflich ist[2]).

§ 357.

Arbitrium boni viri.

Die in Satz 1 aufgestellte Interpretationsregel ist schon für das gemeine Recht als begründet anzuerkennen und liegt auch, abgesehen vom preuß. Rechte, den Bestimmungen der neueren Gesetzgebung zu Grunde[3]). Im preuß. A. L. R. (I, 11 §§ 48, 49) ist allerdings für den Fall, daß der Kaufpreis durch Beziehung auf das Gutbefinden eines Dritten bestimmt wird, augenscheinlich das arbitrium merum des Dritten gemeint. Hieraus folgt aber

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 50; österr. G. B. § 1057; sächs. G. B. § 805; hess. Entw. Art. 58, bayr. Entw. Art. 31, dresd. Entw. Art. 38 Abs. 2.

[2]) Ebenso hess. Entw. Art. 58 Abs. 3, bayr. Entw. Art. 31a, dresd. Entw. Art. 39.

[3]) Sächs. G. B. §§ 802, 804; vergl. code civil Art. 1854, hess. Entw. Art. 56, bayr. Entw. Art. 29, dresd. Entw. Art. 35, 38.

nicht, daß nach preuß. Rechte auch in anderen Fällen für das arbitrium merum zu präsumiren wäre[1]). In der That treffen die Gründe, welche in den in §§ 353, 354 bezeichneten Fällen die Auslegungsregel für das arbitrium boni viri rechtfertigen, im Wesentlichen auch hier zu. Ebenso liegt das Sach- und Rechtsverhältniß in Ansehung der Frage der Anfechtung des Ausspruches des Dritten hier und in den Fällen der §§ 353, 354 gleich. Der Dritte ist insbesondere nicht Schiedsrichter; er soll vielmehr an Stelle der Kontrahenten bestimmen, den Vertragswillen ergänzen. Seine Bestimmung unterliegt daher entsprechend dem von ihm abzugebenden arbitrium boni viri im Falle der Anfechtung wegen Unbilligkeit der Korrektur durch Urtheil[2]). Nur in Ansehung der Beweislast ist der Stellung des zur Entscheidung berufenen Dritten entsprechend bestimmt, daß der die Entscheidung nicht anerkennende Theil deren Unbilligkeit beweisen muß. Der Prozeß wird selbstverständlich nicht gegen den Dritten, sondern zwischen den Kontrahenten geführt. Die Bestimmungen des § 357 Satz 2, 3 gelten, wie die Fassung zeigt, nur da, wo die Interpretationsregel des ersten Satzes zutrifft. Besondere Vorschriften für den gewiß seltenen Fall, wenn einmal nicht das billige Ermessen eines Dritten entscheiden soll, sind überflüssig, auch ohne bedenkliche Kasuistik nicht durchführbar. *d. Anfechtung.*

§ 358.

Der Entwurf stellt, abgesehen von dem im zweiten Absatze bezeichneten Falle, das Prinzip der Zinsenfreiheit für das ganze Reichsgebiet auf, unter Vorbehalt der reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Wucher. *Zinsfreiheit.*

Das Recht, Zinsen zu nehmen, unterlag bekanntlich bis in die neuere Zeit verschiedenen Verboten und Beschränkungen. Die Entwickelung, welche die Gesetzgebung diesfalls in Deutschland und in den übrigen europäischen Staaten genommen hat, zeigt neben vielfachen Schwankungen ein Fortschreiten von den alten Verboten und Beschränkungen bis zur prinzipiellen Freigebung des Rechtes, Zinsen zu nehmen. In allen europäischen Staaten, fast mit alleiniger Ausnahme Frankreichs, ist heutzutage insbesondere das Prinzip der Zinstaxe mit dem Prinzipe der Zinsfreiheit vertauscht. Für Deutschland ist das Prinzip der Vertragsfreiheit in Ansehung der Höhe der Zinsen, Elsaß-Lothringen ausgenommen, durch das R. Ges., betr. die vertragsmäßigen Zinsen, v. 14. November 1867 (bezw. das bayr. Ges. v. 5. Dezember 1867) allgemein anerkannt. Kein Anlaß liegt vor, dieses Prinzip zu ändern. Daß dem Wucher nicht durch eine Aenderung des Prinzipes entgegengetreten werden kann oder muß, hat auch die Reichsgesetzgebung mit *Wuchergesetzgebung.*

---

1) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVIII Nr. 91.

2) Vergl. Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 109, XVIII Nr. 91; Seuffert's Archiv XXX Nr. 237, XXXII Nr. 118, XXXIII Nr. 113; hess. Entw. Art. 58 Abs. 3, bayr. Entw. Art. 31; code civil Art. 1854. Das sächs. G. B. § 806 und der dresd. Entw. Art. 39 lassen dagegen Anfechtung nur wegen auf Absicht oder grober Fahrlässigkeit beruhender Unbilligkeit zu.

dem durch den Entwurf nicht berührten Wucherges. vom 24. Mai 1884 anerkannt, indem dieses bei Feststellung des Wucherbegriffes den wucherlichen Mißbrauch der Zinsenfreiheit unter Strafdrohung stellt und daneben für den civilrechtlichen Schutz des Bewucherten durch besondere Bestimmungen sorgt.

Das R. Ges. v. 14. November 1867 (§ 2) räumt dem Schuldner, welcher für eine Schuld dem Gläubiger einen höheren Zinssatz als jährlich 6 Prozent gewährt oder zusagt, nach Ablauf eines halben Jahres das durch Vertrag nicht zu alterirende Recht halbjähriger Kündigung ein. Die Landesgesetze können jedoch bestimmen, daß diese Kündigungsbefugniß des Schuldners gänzlich wegfalle oder daß ein höherer Zinssatz oder eine längere Kündigungsfrist maßgebend sein solle; auch blieben landesgesetzliche Bestimmungen, welche die erwähnte Kündigungsbefugniß ausschließen oder beschränken, in Kraft (§ 5 des R. Ges.). Solche noch in Geltung befindliche Landesgesetze, welche die Kündigungsbefugniß ausschließen, bestehen in einer Reihe deutscher Staaten[1]). Dagegen bestehen Gesetze, welche dem Schuldner die Kündigungsbefugniß zwar einräumen, aber unter schwereren Voraussetzungen, als welche das Reichsgesetz aufstellt, in Deutschland nicht. Das bayr. Ges. v. 5. Dezember 1867 kennt ein derartiges Kündigungsrecht des Schuldners überhaupt nicht. Es besteht hiernach, abgesehen davon, daß nach dem Reichsgesetz die Kündigungsbefugniß nicht gilt für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, für Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und für Schulden eines Kaufmannes aus seinen Handelsgeschäften, in Deutschland in der gedachten Richtung ein sehr verschiedener Rechtszustand. Die Ausdehnung der fraglichen Bestimmung des Reichsgesetz auf ganz Deutschland erscheint nicht angängig. Wohlthätige Wirkungen der Bestimmung sind nicht bekannt; dieselbe hat vielmehr ihren Zweck im Wesentlichen verfehlt. Auch der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung erscheint in einer Frage, bei welcher landschaftliche oder lokale Verschiedenheiten ohne Bedeutung sind, wenig angemessen. Deshalb ist die Vorschrift mit der Absicht, sie in Wegfall zu bringen, übergangen.

Zinsen aus Zinsen.

Durch das R. Ges. v. 14. November 1867 (§ 4) und das Wucherges. v. 24. Mai 1880 ist an den Vorschriften in Betreff des Nehmens von Zinsen aus Zinsen (Verbot des Anatozismus) nichts geändert. Der Rechtszustand in Deutschland ist auch in dieser Hinsicht ein verschiedener[2]). Theils besteht noch das gemeinrechtliche Verbot, theils ist es beseitigt, theils im Anschlusse an

[1]) In Württemberg, Sachsen-Weimar, Sachsen-Coburg, Oldenburg, Lübeck, Bremen, Hamburg, Frankfurt a. M.; bayr. Ges. v. 5. Dezember 1867.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 818, 819; sächs. G. B. §§ 680, 681; hess. Entw. Art. 146, 147, bayr. Entw. Art. 631; brem. Einf. Ges. zum H. G. B. v. 6. Juni 1864 § 30. Ganz aufgehoben sind die Verbote des vertragsmäßigen Nehmens von Zinsen aus Zinsen in Lübeck (Ges. v. 23. Juni 1862 Art. 4), Frankfurt a. M. (Ges. v. 2. Februar 1864 § 5), in Oesterreich (Ges. v. 14. Dezember 1866 § 1 und 14. Juni 1868 § 3a), Ungarn (Ges. v. 20. November 1868 § 4), in der Schweiz (Bd. Ges. Art. 335); dresd. Entw. Art. 41. In Bayern sind durch das Ges. v. 5. Dezember 1867 (Art. 1) nur die in Beziehung auf vertragsmäßige Festsetzung der Verzinslichkeit verfallener Zinsen bestehenden Verbote aufgehoben, und weiter reicht auch in Württemberg die Folgerung aus der Aufhebung des Zinsmaximums nicht.

das H. G. B. Art. 291 für den Kontokorrentverkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten außer Kraft gesetzt. Nach dem preuß. A. L. R. I, 11 §§ 818, 819 und dem sächs. G. B. §§ 679, 680 insbesondere sind zum Voraus getroffene Abreden, daß künftig verfallende Zinsen im Falle der Nichtbezahlung zur Verfallzeit wieder Zinsen tragen sollen, nichtig (ebenso hess. Entw. IV, 2 §§ 146, 147, bayr. Entw. Art. 631). Gestattet ist durch diese Gesetze nur, aus einem Zinsrückstande von mindestens zwei Jahren, als von einem neuen Kapitale, Zinsen zu bedingen. Der code civil Art. 1154 gestattet letzteres schon für einen einjährigen Zinsrückstand, der franz. Gerichtsgebrauch hält sogar Verträge, in denen im Voraus festgesetzt wird, daß rückständige Zinsen von einem Jahre wieder Zinsen tragen sollen, oder in welchem schon verfallene Zinsen auch von einem kürzeren Zeitraume sofort in ein verzinsliches Darlehen verwandelt werden, für zulässig. Die Schaffung gleichen Rechtes in Ansehung des Anatozismus ist wirkliches Bedürfniß. Die Festhaltung bezw. Einführung des gemeinrechtlichen Verbotes in seinem ganzen Umfange konnte nicht in Frage kommen. Dasselbe ist weder in der rechtlichen Natur der Zinsen, noch in der heutigen Anschauung von Zinsennehmen begründet, auch für den Schuldner von sehr zweifelhaftem Werthe. Der Entwurf (Abs. 1 Satz 2) spricht vielmehr das Prinzip der Vertragsfreiheit auch für die Vereinbarung von Zinsen aus rückständigen Zinsen aus. Dagegen wird die im Voraus getroffene Abrede, daß fällig werdende Zinsen im Falle der Nichtbezahlung wieder Zinsen tragen sollen, für nichtig erklärt. Auf demselben Standpunkte steht das schweiz. Bd. Ges. Art. 335 Abs. 1 (vergl. Art. 83 Abs. 2). Man bleibt durch diese Bestimmung mit dem im größten Theile Deutschlands bestehenden Rechtszustande möglichst im Einklange. Eine weitere Ausdehnung der Zinsenfreiheit wäre im Hinblicke auf diesen Rechtszustand bedenklich und an sich gefährlich. Die Erwägung einer etwa angezeigten Ausdehnung der Vorschrift in Art. 291 des H. G. B. auf andere Personen als Kaufleute muß bis zur Revision des H. G. B. ausgesetzt bleiben.

Die landesgesetzlichen Verbote, die Zinsen durch Abzug vom Kapitale im Voraus zu erheben oder sich bei Eingehung des Geschäftes vorausbezahlen zu lassen, sind, wenn und soweit solche nicht schon durch das R. Ges. v. 14. November 1867 hinfällig geworden sein sollten, durch den Entwurf § 358 allgemein beseitigt[1]).

III. Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen.

§ 359.

Neben der in § 73 für Rechtsgeschäfte überhaupt gegebenen Norm stellt der Entwurf, nach dem Vorgange anderer moderner Kodifikationen (sächs. G. B. § 858; code civil Art. 1134, 1135; hess. Entw. Art. 135, bayr. Entw. Art. 83, dresd. Entw. Art. 150; vergl. preuß. A. L. R. I, 5 § 270) für Verträge in Ansehung der hieraus resultirenden Verpflichtung die besondere Vorschrift des Rücksicht auf Treue und Glauben.

[1]) S. auch zu § 217.

§ 359 auf. Es werden hierdurch nicht blos gewisse Anhaltspunkte für die Ermittelung der aus konkreten Verträgen entspringenden Verpflichtungen gegeben, sondern vor Allem der wichtige und praktische Grundsatz zum Ausdruck gebracht, daß der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treue und Glauben beherrscht wird, und, wo die Ermittelung des Inhaltes eines Vertrages und der einzelnen hieraus für die Parteien fließenden Verpflichtungen in Frage steht, jene Rücksicht in erster Linie zur Richtschnur zu nehmen ist. Zufolge der Bestimmung in § 359 konnten vielfach bei der durch den Entwurf vorgenommenen Normirung der einzelnen Verträge speziellere Vorschriften über die aus denselben für die eine oder andere Partei sich ergebenden Verpflichtungen entbehrt werden, während, wo es nöthig oder besonders wünschenswerth erscheinen mußte, im Einzelnen die kontraktlichen Verpflichtungen näher aufgeführt werden (z. B. § 462; vergl. § 301) oder auf die Regel besonders verwiesen wird (§ 632).

§ 360.

Rücktritt vom Vertrage a) wegen Nichterfüllung.

Der § 360 spricht ein im geltenden Rechte nicht allgemein anerkanntes Prinzip aus. Die Aufnahme der Bestimmung war insbesondere im Hinblicke auf die Natur des gegenseitigen Vertrages unerläßlich. Der Grundsatz, daß, wenn der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der andere, abgesehen von den durch Gesetz oder Vereinbarung festgesetzten Ausnahmen, deshalb nicht berechtigt ist, einseitig von dem Vertrage abzugehen, entspricht dem gemeinen Rechte und ist im österr. G. B. § 919, im sächs. G. B. § 864, im hess. Entw. Art. 137, 146 Abs. 2 und dresd. Entw. Art. 151 enthalten. Auch das preuß. A. L. R. I, 5 §§ 393, 394 stellt die Regel an die Spitze, beschränkt dieselbe aber durch seine eigenartigen Bestimmungen über das Rücktrittsrecht des einen Kontrahenten im Falle der Nichterfüllung seitens des anderen Kontrahenten (I, 5 §§ 396 ff., I, 11 §§ 232 ff., 877 ff.). Das franz. Recht dagegen faßt prinzipiell die gegenseitigen Verträge ganz allgemein als resolutiv bedingte in dem Sinne auf, daß, wenn eine Partei ihrer Verbindlichkeit nicht Genüge leistet, der andere Theil die Auflösung des Vertrages sowie im Falle des Verzuges Schadensersatz zu fordern berechtigt sein soll (code civil Art. 1184, 1102, 1104; Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 28 S. 57, Nr. 77 S. 217). Der bayr. Entw. (Art. 115, 138) und das schweiz. Bd. Ges. (Art. 110 ff.) stellen sich zwar auf den Boden des gemeinrechtlichen Prinzipes, räumen aber, ähnlich wie das franz. Recht, bei gegenseitigen Verträgen im Falle des Verzuges des einen Kontrahenten dem anderen ohne Weiteres das Rücktrittsrecht ein. Der Entwurf hat die dem franz. Rechte entsprechende Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht adoptirt. Er gewährt dem Gläubiger, abgesehen von dem Falle des § 361, nach Maßgabe des § 369 bei gegenseitigen Verträgen das Rücktrittsrecht zwar, wenn dem anderen Kontrahenten die Leistung in Folge eines von diesem zu vertretenden Umstandes ganz unmöglich geworden, im Falle theilweiser zu vertretender Unmöglichkeit und im Falle des Verzuges des Schuldners aber nur, wenn der nicht unmöglich gewordene Theil bezw. die verspätete Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat (siehe noch § 243, verglichen mit § 369 Abs. 2). Daneben hat der Entwurf bei einzelnen Ver-

trägen das Rücktrittsrecht nach Voraussetzungen und Wirkungen noch besonders geregelt[1]). Die gesetzlich gestatteten Fälle des Rücktrittes bilden hiernach vom Standpunkte des Entwurfes aus die Ausnahme von der Regel. Um so mehr war die letztere im Interesse der Klarheit des Gesetzes auszusprechen.

Den Rücktritt wegen veränderter Umstände (clausula rebus sic stantibus; vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 46, preuß. A. L. R. I, 5 §§ 377 ff., I, 11 §§ 656, 657, österr. G. B. § 936, sächs. G. B. § 864) läßt der Entwurf nur in einem Falle zu, nämlich bei dem Vertrage, durch welchen die Hingabe eines Darlehens versprochen wird (§ 458). Die Ablehnung der clausula rebus sic stantibus schließt jedoch die im Einzelfalle veranlaßte Prüfung nicht aus, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder anderen Partei zustehen soll. b) wegen veränderter Umstände.

§ 361.

Auch außer dem Fixgeschäfte im Sinne des H. G. B. kommen im täglichen Leben in den verschiedensten Verhältnissen Verträge vor, in welchen für die Bewirkung der Leistung eine bestimmte Zeit dergestalt festgesetzt wird, daß nach der Intention der Vertragschließenden die pünktliche Einhaltung der Zeit ein wesentliches Moment der Vertragsleistung bildet. Für solche Fälle gewährt der Entwurf dem Gläubiger unter der einzigen Voraussetzung, daß die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit (binnen der bestimmten Frist) erfolgt, das Recht, ohne Weiteres von dem Vertrage zurückzutreten. Die hiermit statuirte Ausnahme von dem Prinzipe des § 360 erfordert scharfe Umgrenzung des Falles, welche der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem H. G. B. Art. 357 (vergl. Konk. O. § 16, sächs. G. B. § 865, schweiz. Bd. Ges. Art. 123) dahin bestimmt: wenn nach dem Inhalte des Vertrages die Vertragsleistung genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll. Die Frage, ob ein Fixgeschäft vorliegt, ist hiernach nach dem konkreten Vertrage zu entscheiden. Fixgeschäft. a) Begriff.

Auf das Rücktrittsrecht finden die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht in Ansehung der Art, wie es ausgeübt wird (§ 426), der Wirkungen (§§ 427, 428), der Gründe, aus welchen es versagt (§§ 429, 430), und des Erlöschens (§ 431) sowie über die Untheilbarkeit des Rücktrittsrechtes (§ 433) entsprechende Anwendung. Der Gläubiger kann aber auch bei dem Vertrage stehen bleiben und die Rechte aus demselben geltend machen. Welche Rechte dies sind, muß nach den Umständen des Falles und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden. Ist der Vertrag von der Art, daß die Erfüllung zu einer anderen als der bestimmten Zeit unbedingt ausgeschlossen ist (z. B. Errichtung einer Schaubühne zu einem Einzuge), so kann von einem Rechte auf nachträgliche reale Erfüllung keine Rede sein; vielmehr läge gänzliche Unmöglichkeit der Erfüllung vor und der Gläubiger hätte höchstens den Anspruch auf das Interesse wegen Nichterfüllung. Fehlt aber die gedachte Voraussetzung, so daß die Erfüllung zu b) Rechte des Gläubigers.

---

[1]) S. §§ 377 Abs. 2; 387, 397, 398, 399, 404 ff.; 426 ff., 435, 436; 474, 475; 505, 509, 528, 529, 530; 532; 557; 566; 569, 571, 578, 579.

einer anderen als der bestimmten Zeit nach den obwaltenden Umständen, nicht als gänzliche, sondern nur als theilweise Nichterfüllung sich darstellte, so hat der Gläubiger das Recht, die nachträgliche reale Erfüllung zu fordern, und daneben nach den Umständen des Falles vielleicht den Anspruch auf das Interesse wegen verspäteter Erfüllung. Neben dem Rücktritte von dem Vertrage kann der Gläubiger einen Interessenanspruch nicht geltend machen. Er hat nur die Wahl zwischen dem Rücktritte oder der Geltendmachung seiner nach den allgemeinen Grundsätzen begründeten Rechte aus dem Vertrage.

Nicht ausgeschlossen ist nach der Vorschrift des § 361, daß der Gläubiger nach den Umständen des Falles, wenn die Unmöglichkeit rechtzeitiger Leistung vorliegt, schon vor dem Eintritte der Zeit oder vor dem Ablaufe der Frist den Rücktritt wirksam erklären kann.

§ 362.

Gegenseitiger Vertrag. 1. Wesen.

Die §§ 362 ff. normiren speziell den Inhalt des Schuldverhältnisses aus gegenseitigen Verträgen. Den über die Natur und Struktur des gegenseitigen Vertrages, insbesondere auf dem Boden des gemeinen Rechtes, bestehenden Streit[1]) kann das Gesetz durch einen Ausspruch nicht entscheiden. Der Wissenschaft und Praxis muß nach wie vor überlassen bleiben, aus den einzelnen Vorschriften des Gesetzes über den gegenseitigen Vertrag diesfalls die Konsequenzen zu ziehen. In Betracht kommen hier insbesondere die Bestimmungen über die Vertragschließung (§§ 77 ff., bes. § 79), über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, wonach der auf einer Seite vorhandene Ungültigkeitsgrund den gegenseitigen Vertrag ganz ergreift, Nichtigkeit also den gegenseitigen Vertrag nicht entstehen läßt (§§ 108 ff., 105, 106), über die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen bezw. die Klage auf Erfüllung Zug um Zug (§§ 362, 363, 365), über die sog. exceptio non impleti contractus, non rite impleti contractus (§§ 364, 366, 367), endlich über die Folgen der Nichtleistung seitens eines der Kontrahenten und über die Folgen einer auf Seiten eines derselben eingetretenen Unmöglichkeit der Erfüllung (§§ 237 ff., 245 ff., 254 ff., 360, 361, 368, 369).

2. Erfüllung; Zug um Zug.

In § 362 ist zunächst, vorbehaltlich der aus Gesetz und Vertrag sich ergebenden Ausnahmen, als Regel ausgesprochen, daß der gegenseitige Vertrag von den Kontrahenten Zug um Zug, d. h. wechselseitig zu gleicher Zeit, zu erfüllen sei. Mögen jene Ausnahmen auch zahlreich und im praktischen Leben die Fälle sehr häufig sein, wo die Regel nicht eingehalten wird, so ist dieselbe doch als Grundsatz in mancherlei Richtung von entschiedener Wichtigkeit. Ergänzt wird die Bestimmung des § 362 durch diejenige des § 365 Abs. 1 Satz 1, wodurch bei einem gegenseitigen Vertrage, entsprechend der in den meisten Rechtsgebieten bestehenden Praxis, jedem Theile die Befugniß zugesprochen wird, Klage auf Verurtheilung des anderen Theiles zur Erfüllung Zug um Zug zu erheben. Abgelehnt ist hiermit das Prinzip, daß jeder Theil bei gegenseitigen, Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen die ihm gebührende Leistung

[1]) Windscheid II §§ 321, 264.

erst dann verlangen könne, wenn er vorgeleistet habe oder daß er zur unbedingten Geltendmachung des Anspruches berechtigt sei, wenn er selbst zur sofortigen Bewirkung der ihm obliegenden Leistung bereit sei, bezw. dieselbe anbiete (Windscheid a. a. O. § 321 Nr. 1, A. L. R. I, 5 § 271; österr. G. B. § 1052; sächs. G. B. § 859; schweiz. Bd. Ges. Art. 95; hess. Entw. Art. 147, bayr. Entw. Art. 107, dresd. Entw. Art. 153). Auch im Falle der Klage kann nur Verurtheilung zu einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung verlangt werden. Die Regel des Entwurfes (§§ 362, 365) ist nicht nur in Uebereinstimmung mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, sondern dient ersichtlich in zweckmäßiger Weise auch dem Interesse und der Sicherheit beider Kontrahenten, insbesondere indem an die Stelle der unbestimmten, zu Zweifel und Streit führenden Voraussetzung des Bereitseins oder des Anbietens der Gegenleistung Verpflichtung und Recht (nur) zur Erfüllung Zug um Zug gesetzt wird. Die Verpflichtung und Befugniß endigen hiernach auch nicht durch den Annahmeverzug des einen Theiles (§ 256). Es wäre bedenklich, schon an die mora accipiendi die das Wesen des Rechtes aus dem gegenseitigen Vertrage ändernde Wirkung zu knüpfen, daß der andere Theil die ihm geschuldete Leistung unter Absehen von der ihm obliegenden Leistung verlangen dürfte. Dies müßte zu großen Härten namentlich in den Fällen führen, in welchen die mora accipiendi auf dem guten Glauben beruht, zur Annahme nicht verpflichtet zu sein. Auch von der Zulässigkeit der purgatio morae wäre keine genügende Abhülfe zu erwarten, weil, auch die Statthaftigkeit der purgatio morae nach der Verurtheilung zur unbeschränkten Leistung in der Exekutionsinstanz vorausgesetzt, die Zwangsvollstreckung doch so lange ihren Lauf behielte, bis der Verurtheilte im Klagewege, bezw. nach Maßgabe des § 688 der C. P. O. Remedur erlangt hätte. Ist aber einmal die Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug erfolgt, so kann und muß allerdings zu Gunsten des Klägers im Stadium der Zwangsvollstreckung eine Modifikation des in § 362 ausgesprochenen Prinzipes eintreten. Hierüber bestimmt § 365, woselbst auch für den Theil, welcher vorzuleisten hat, dem im Annahmeverzuge befindlichen anderen Kontrahenten gegenüber entsprechend Fürsorge getroffen ist.

§ 363.

Untheilbarkeit der Gegenleistung.

Die Vorschrift des § 363 enthält eine Ergänzung und Klarstellung derjenigen des § 320. Sie ist durch die Natur und die Intention der gegenseitigen Verträge geboten. Die Absicht geht bei einem solchen Vertrage dahin, daß die Gegenleistung auch bei Theilbarkeit derselben, sofern sie nicht erst der Leistung nachfolgen soll, einheitlich zu erfolgen habe. Könnte ein Einzelner der mehreren auf einer Seite stehenden Vertragschließenden oder ein Einzelner der Erben eines Vertragschließenden seinen Antheil an der dem anderen Vertragschließenden obliegenden Leistung verlangen, ohne daß dieser die ganze ihm gebührende Gegenleistung erhielte, also gegen nur antheilsweise Bewirkung dieser Gegenleistung, so käme der in Anspruch genommene Kontrahent augenscheinlich in eine bei Abschluß des Vertrages nicht beabsichtigte Lage. Insbesondere müßte unter Umständen der um antheilige Erfüllung angegangene

Kontrahent (z. B. Verkäufer), wenn seine Verpflichtung auf Rechtsübertragung ginge, sich im Widerspruche mit der Vertragsintention die Aufdrängung eines Miteigenthumsverhältnisses oder, wenn auch auf seiner Seite Mehrere stehen, die Aufdrängung eines neuen Gemeinschaftsverhältnisses an Stelle des seither bestandenen gefallen lassen. Die Vorschrift gilt gleichmäßig, wenn Zug um Zug zu erfüllen ist, wie, wenn von derjenigen Seite, von welcher das Verlangen der antheilmäßigen Erfüllung an den anderen Theil geht, vorzuleisten, nicht aber, wenn der in Anspruch genommene Theil vorzuleisten verpflichtet ist. In dem letzteren Falle ist der Vertragschließende durch den Vertrag verpflichtet, die ihm drohende Gefahr einer nur theilweisen Erfüllung zu übernehmen. Die Vorschrift hat insbesondere praktische Wichtigkeit für den Kaufvertrag und die nach diesem zu beurtheilenden gegenseitigen Verträge (vergl. l. 31 § 8 D. de aedil. edicto 21, 1; sächs. G. B. Art. 1099; dresd. Entw. Art. 427, 436), jedoch darüber hinaus für die gegenseitigen Verträge überhaupt prinzipielle Bedeutung. Es korrespondirt ihr nach Grund und Zweck die Vorschrift des § 433. Die Bestimmung des § 363 ist übrigens keine absolute, findet also keine Anwendung, wenn nach den Umständen des Falles das Verlangen antheilmäßiger Erfüllung gegen antheilmäßige Bewirkung der Gegenleistung als in dem Vertrage begründet erscheint.

§ 364.

Weigerung der Leistung bis zur Gegenleistung.

Der aus einem gegenseitigen Vertrage um Erfüllung angegangene Kontrahent ist, wofern er nicht nach dem Inhalte des Vertrages vor dem anfordernden Theile erfüllen muß, berechtigt, die Erfüllung zu verweigern, so lange, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Der Entwurf giebt dieses Recht (exc. non impleti contractus) nicht so lange, bis die Gegenleistung bewirkt ist. Wenn der anfordernde Kontrahent vorleisten muß, versteht sich nach dem Inhalte des Vertrages von selbst, daß der Angeforderte, bevor ihm geleistet ist, selbst nicht zu leisten braucht. Wenn aber Zug um Zug erfüllt werden muß, so ist der Natur des gegenseitigen Vertrages gemäß die Verweigerung der Leistung nur in dem Sinne berechtigt, als wechselseitige Leistung hiermit verlangt wird (vergl. Windscheid § 321, preuß. A. L. R. I, 5 § 271; sächs. G. B. § 859; österr. G. B. § 1052; code civil Art. 1612; schweiz. Bd. Ges. Art. 95; hess. Entw. Art. 147, bayr. Entw. Art. 107, dresd. Entw. Art. 153)[1]). Es bedarf im Gesetze keines besonderen Ausdruckes, daß das Recht, die Bewirkung der Leistung zu verweigern, dem angeforderten Kontrahenten nicht blos für den Fall zusteht, daß die ganze Gegenleistung aussteht, sondern auch dann und so lange, als nicht die volle, ganze Gegenleistung bewirkt wird. Klar ist auch nach dem Entwurfe, daß das fragliche Recht gleichmäßig begründet ist, wenn die Gegenleistung quantitativ unvollständig, als wenn sie qualitativ nicht

---

[1]) Der Entwurf braucht in § 364 den Ausdruck „die Leistung verweigern", nicht „zurückhalten", da das letztere Wort wegen des für die in §§ 233 ff. behandelten Fälle technisch angewendeten Wortes: „Zurückbehaltungsrecht" zu Verwirrungen führen könnte.

vertragsmäßig ist; auch letzterenfalls wäre nicht die geschuldete Gegenleistung bewirkt (sog. exc. non rite adimpleti contractus; vergl. Windscheid a. a. O. § 321 Noten 3a, 5). Ist letzterenfalls jedoch die als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, dann tritt die modifizirende Bestimmung des § 367 ein.

Der Entwurf spricht absichtlich nicht aus, der angegangene Kontrahent dürfe immer die ganze ihm obliegende Leistung so lange zurückhalten, bis die ihm gebührende Leistung ganz bewirkt wird. So richtig es an sich ist, daß ein solches Recht besteht, so könnte die Betonung desselben doch zu irrigen Entscheidungen und namentlich zur Verwerfung der replica doli in Fällen Anlaß geben, in welchen diese im Hinblicke auf die verhältnißmäßige Geringfügigkeit des quantitativen oder qualitativen Mangels zweifellos begründet wäre[1]). Ueber die formelle Behandlung der exceptio non impleti contractus und die Beweislast bestimmt der § 366.

§ 365.

3. Klage: a) auf Erfüllung Zug um Zug;

Klagen aus gegenseitigen Verträgen auf Erfüllung Zug um Zug sind jetzt schon überaus häufig. Indem der Entwurf die Zulässigkeit derselben ausspricht, sichert er nur in der Praxis schon Eingebürgertes vor Zweifeln, bezw. die allgemeine Geltung des Satzes auch in Gebieten, wo die Klage auf Erfüllung Zug um Zug noch nicht üblich oder anerkannt sein sollte. In Verbindung mit der Bestimmung in Abs. 1 Satz 1 ist im zweiten Absatze verordnet, daß, wenn und so lange der zur Erfüllung Zug um Zug verurtheilte Kontrahent hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung in Annahmeverzug ist, derselbe in der Exekutionsinstanz zu der ihm obliegenden Leistung gezwungen werden kann, ohne Rücksicht darauf, daß nur Zug um Zug zu erfüllen ist, ob also die ihm gebührende Leistung gleichzeitig bewirkt wird. Diese Modifikation des § 362 ist nothwendig, um den renitenten Schuldner auf einfachem Wege zur Erfüllung seiner Obliegenheit zu zwingen. Der Schuldner kann sich den ihm nachtheiligen Folgen der Vorschrift durch Annahme der ihm gebührenden Leistung jederzeit entziehen. Aber auch für den Fall, wenn dem zur Vorleistung verpflichteten Theile gegenüber der andere Theil in Annahmeverzug sich befindet, ist eine entsprechende Vorsorge erforderlich. Der Entwurf gewährt dem nicht säumigen Kontrahenten die nöthige Hülfe im engsten Anschlusse an den ersterwähnten Fall dadurch, daß auf Grund des Annahmeverzuges des anderen gestattet ist, dahin zu klagen, daß der letztere verurtheilt werde, die ihm obliegende Leistung nach Empfang der ihm gebührenden Leistung zu bewirken ist (Abs. 1 Satz 2), sowie durch die Bestimmung, daß der Kläger auch gegen den in solcher Weise Verurtheilten ohne vorherige oder gleichzeitige Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung vorgehen kann, wenn und so lange letzterer im Verzuge der Annahme sich befindet (Abs. 2). Diese dem zur Vorleistung verpflichteten Kontrahenten gewährte Hülfe ist um so nothwendiger, als das Recht zur öffentlichen Hinterlegung in vielen Fällen nicht zum Ziele führen kann.

b) Klage des Vorleistungspflichtigen.

---

[1]) Vergl. §§ 359, 381 Abs. 2 Satz 2, 572 Satz 2.

Zur Durchführung der Vorschriften des § 365 ist die in der Anmerkung zu diesem Paragraphen angedeutete Ergänzung der C. P. O. angezeigt.

§ 366.

Exceptio non impleti contractus.

Der § 366 entscheidet die bekannte Kontroverse in Ansehung der exceptio non impleti contractus im Gegensatze zum preuß. Rechte, wonach die Behauptung, daß die schuldige Gegenleistung schon geschehen, bezw. dem Beklagten die Vorleistung obliege, als zum materiellen Klagegrunde gehörend angesehen wird (A. L. R. I, 5 § 271)[1]), mit der vorherrschenden gemeinrechtlichen Auffassung (Windscheid § 321 Abs. 2), mit dem sächs. G. B. § 860 und dresd. Entw. Art. 154 dahin, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht von Amtswegen berücksichtigt wird, sondern nur Beachtung findet, wenn sie erhoben ist, daß aber, wenn sie vorgeschützt wird, Kläger die Erfüllung seinerseits nachträglich behaupten kann. Die Behauptung, erfüllt zu haben, gehört hiernach nicht zur Substantiirung der Klage, kann vielmehr in der Replik nachgeholt werden und enthält dann keine unzulässige Klagänderung (vergl. C. P. O. § 240 Ziff. 1, 2). Vom theoretischen Standpunkte aus mag die Entscheidung der erwähnten Streitfrage zweifelhaft sein. Der Standpunkt der praktischen Zweckmäßigkeit ist aber ausschlaggebend. Das gegentheilige Prinzip, wonach die Behauptung, erfüllt zu haben, zur Substantiirung der Klage bezw. des Anspruches auf Erfüllung gehören soll, führt, wie die Praxis lehrt, leicht dahin, daß der Kläger in Folge eines verzeihlichen Versehens mit der Klage aus einem Grunde abgewiesen wird, mit welchem der Beklagte sich nicht hat vertheidigen können und wollen.

Behauptung der Erfüllung.

Eine Konsequenz des vom Entwurfe angenommenen Prinzipes ist es, daß der Beklagte, wenn er sich auf die Klage, in welcher nicht behauptet ist, Kläger habe erfüllt, nicht einläßt, durch Versäumnißurtheil nach dem Klageantrage verurtheilt wird, sowie daß die Verurtheilung auch dann erfolgt, wenn der Beklagte sich gegen die Klage nicht mittels der exc. non impleti contractus, sondern nur mit anderen nicht stichhaltigen Gründen vertheidigte.

Beweislast.

Die in § 366 gegebene Bestimmung über die Beweislast im Falle der Vorschützung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist allgemein geltendes Recht (Windscheid a. a. O. § 321 Noten 3—5; sächs. G. B. § 860; dresd. Entw. Art. 154). Vergl. noch §§ 374, 379.

§ 367.

Exceptio non rite impleti contractus.

Erfahrungsgemäß sind die Fälle sehr häufig, in welchen der Beklagte, nachdem er die ihm vom Kläger als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, so daß wenigstens formell Vertragserfüllung seitens des Klägers vorliegt, aus Chikane oder wegen Mangels bereiter Zahlungsmittel hinter der Einrede des nicht erfüllten Vertrages Schutz sucht, indem

[1]) Auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 95, der hess. Entw. Art. 147, der bayr. Entw. Art. 108 scheinen von diesem Grundsatze auszugehen.

er Mangelhaftigkeit oder Fehlerhaftigkeit der Leistung rügt (exc. non rite adimpleti contractus). In der Praxis ergingen bis auf die neueste Zeit bei solcher Sach- und Rechtslage die widersprechendsten Urtheile. Auch die gesetzgeberischen Versuche, die Frage zu lösen (sächs. G. B. § 863, dresd. Entw. Art. 155), bewegen sich in verschiedener Richtung. Immerhin sind sie ein Beweis, daß eine gesetzliche Entscheidung der Frage ein lebhaftes Bedürfniß ist. Diese wird der aus der erwähnten Voraussetzung entspringenden Sachlage entsprechend und in Uebereinstimmung mit der in der Theorie überwiegend vertretenen Ansicht dahin gegeben, daß der betreffende Vertragschließende mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausgeschlossen und, falls er auf Grund angeblicher Mangelhaftigkeit der empfangenen Leistung selbständige Ansprüche erhebt, in Ansehung des Mangels für beweispflichtig erklärt wird. Allerdings wird unter den betreffenden Voraussetzungen nicht selten noch weiter zu gehen und in der Annahme der Leistung ein Verzicht auf jede Art der Rüge zu erblicken sein; dies ist Thatfrage, für deren Entscheidung sich eine allgemeine Vorschrift nicht geben läßt (§§ 386, 572). Aber andererseits kann man auch den Fall, in welchem ein Verzicht nicht angenommen werden darf, weil der Empfänger sich erweislich irrte, nicht ausnehmen, ohne den praktischen Werth der Vorschrift zu sehr zu beeinträchtigen. Bedenklich wäre auch, den Fall der Annahme mit Vorbehalt auszunehmen (sächs. G. B. und dresd. Entw. a. a. O.). Bei Zulassung eines allgemeinen Vorbehaltes verlöre die Vorschrift gleichfalls einen großen Theil ihrer Bedeutung. Liegt aber ein sich auf spezielle Mängel und Fehler beziehender Vorbehalt vor, so wird, wenn nicht eine protestatio facto contraria angenommen werden muß, eine Annahme als Erfüllung überhaupt zu verneinen sein. Noch weniger rechtfertigte sich die Ausnahme des Falles, wenn die Beschaffenheit der Leistung sich nicht untersuchen ließ (vergl. auch sächs. G. B. a. a. O.). Es braucht der Empfänger die Leistung nicht eher als Erfüllung anzunehmen, als nachdem er die erforderliche Untersuchung vorgenommen hat.

Wie schon aus dem Wortlaute des § 367 hervorgeht, bezieht sich derselbe nicht auf den Fall, wenn ein ganz anderer als der geschuldete Gegenstand geleistet worden ist. Die Vorschrift des § 367 gilt auch nicht für den Fall der Unvollständigkeit der Leistung, es wäre denn dieselbe durch das Gesetz der Mangelhaftigkeit gleichgestellt (§ 388) oder in concreto als solche rechtlich zu behandeln (sächs. G. B. und dresd. Entw. a. a. O.). Die Ausdehnung auf diesen Fall wäre weder durch innere Gründe, noch durch solche des praktischen Bedürfnisses gerechtfertigt. Sie gilt endlich nicht für den Fall der Gewährleistung des veräußerten Rechtes (vergl. §§ 370 ff., insbesondere §§ 374, 379).

§ 368.

Die Vorschrift des ersten Absatzes beruht auf dem von dem Entwurfe angenommenen Grundsatze, daß bei allen gegenseitigen Verträgen der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen habe. In § 463 ist dieses Prinzip für den Kaufvertrag besonders ausgesprochen: der Verkäufer trägt die Gefahr bis

4. Tragung der Gefahr. a) Prinzip;

zur Uebergabe, bezw. beim Verkaufe einer unbeweglichen Sache, wenn die Eintragung des Eigenthumsüberganges in das Grundbuch vor der Uebergabe erfolgt, bis zur Eintragung. Das gemeine Recht steht bekanntermaßen bei den auf Veräußerung gerichteten Verträgen auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Der Standpunkt des Entwurfes ist derjenige des älteren deutschen Rechtes[1]).

Geltendes Recht.

Mit dem röm. Rechte fand auch der Grundsatz desselben, daß bei den auf Veräußerung gerichteten Verträgen, von gewissen besonderen Fällen abgesehen, die Gefahr mit der Schließung des Vertrages auf den Berechtigten (z. B. den Käufer) übergehe, Eingang in Deutschland. Neben älteren Gesetzbüchern (z. B. codex Maxim. Bavar. civ. Th. IV Kap. 3 § 11, württemb. L. R. von 1610 II, 9 §§ 24—26) haben sich dem röm. Rechte angeschlossen das sächs. G. B. §§ 1091, 866, 867, 1013, neuerdings auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 145 (vergl. mit Art. 204, 199). Auch der code civil Art. 1624, 1138 folgt dem röm. Rechte, jedoch mit Anknüpfung des Eigenthumsüberganges unmittelbar an den Vertragsabschluß (Art. 711, 1138, 1583), ebenso die dem code civil nachgebildeten Rechte, z. B. das bad. L. R., das ital. G. B. (Art. 1480, 1125, 1448, 1298), während das niederl. G. B. (Art. 1496) ganz auf dem Boden des röm. Rechtes steht. Dagegen stimmen mit dem alten deutschrechtlichen Prinzipe überein die betreffenden Bestimmungen des preuß. A. L. R. I, 11 §§ 95, 100 (§§ 98, 102—104), I, 5 §§ 364—368, sowie des österr. G. B. (§§ 1064, 1048—1051, 1447). Desgleichen haben die neuen Entwürfe mit dem Grundsatze des röm. Rechtes gebrochen: hess. Entw. II Art. 19, 20, I Art. 144, 360—362 (Mot. zu I S. 9—12), bayr. Entw. Art. 282, 119, 120 (Mot. S. 90 ff.) und prinzipiell auch der dresd. Entw. Art. 429, 388—390, 393[2]). Die Erklärung und Begründung der römischen Gefahrvertheilung beim Kaufe, wonach die Gefahr der verkauften Sache perfecta emtione (quum emtio et venditio contracta sit, etiamsi res tradita non sit) sofort auf den Käufer übergeht, hat den Juristen bis auf den heutigen Tag viel zu schaffen gemacht; selbst an Zweifeln, ob der Satz wirklich gelte, und an Versuchen, ihn zu beseitigen, hat es nicht gefehlt. Es widerstrebt in der That der Natur der vertragsmäßigen gegenseitigen Verbindlichkeiten, daß ungeachtet des Wegfalles der einen die andere ohne Gegenleistung fortbestehen soll. Nur dringende Gründe der Zweckmäßigkeit, Billigkeit und Praktikabilität könnten die Aufnahme des theoretisch kaum zu erklärenden, mit sonstigen Rechtsprinzipien und dem Wesen der in Betracht kommenden Verträge im Widerspruche stehenden und in einem großen Theile Deutschlands durch die Gesetzgebung reprobirten Satzes in das bürgerliche Gesetzbuch rechtfertigen. Solche Gründe liegen nicht vor. Vielmehr knüpfen sich an den Grundsatz bekanntlich eine große Zahl von Streitfragen und Schwierigkeiten, zu deren Lösung in der einen oder anderen Richtung positive Spezialbestimmungen kaum sich umgehen ließen (z. B. sächs. G. B. §§ 867, 1091, 1085, 1101, code civil Art. 1584, 1182, 1585, bad. L. R. Satz 1586 a), während dieselben an der Hand des deutschrechtlichen Prinzipes in Verbindung mit anderen allgemeinen Grundsätzen sich

---

[1]) Windscheid § 321 Nr. 3 Noten 18, 19, § 390.

[2]) Das H. G. B. hat sich auf neutralen Boden gestellt. Es regelt nur die Transportgefahr bei sog. Distanzgeschäften (Art. 345; s. Entw. § 465).

leicht lösen, wodurch die Einfachheit und Klarheit des Entwurfes wesentlich gewinnt und die Rechtssicherheit in hohem Maße gefördert wird. Hierzu kommt als besonderer Vortheil, daß durch die Annahme des deutschrechtlichen Prinzipes schwierige Liquidationsprozesse abgeschnitten werden, welche durch den Anspruch des die Gefahr tragenden Berechtigten auf die commoda hervorgerufen worden. Die Gefahr zwischen beiden Vertragschließenden theilen, wie neuerdings de lege ferenda aus angeblichen ethischen oder Billigkeitsgründen vorgeschlagen worden, hieße einen jeder juristischen Grundlage entbehrenden Satz annehmen, welcher alle die Schwierigkeiten und Streitfragen, welche das römische Prinzip hervorgerufen hat, in verstärkter und vermehrter Auflage im Gefolge hätte. Demgemäß spricht der Entwurf (Abs. 1) aus, daß, wenn der Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrage von der Verpflichtung zur Leistung befreit wird (§ 237), im Falle der gänzlichen Unmöglichkeit der Schuldner kein Recht auf die Gegenleistung, im Falle der nur theilweisen Unmöglichkeit der Gläubiger das Recht hat, die Gegenleistung verhältnißmäßig zu mindern. Im Falle der gänzlichen Unmöglichkeit wird der Gläubiger von Rechtswegen und ohne den Rücktritt erklären zu müssen, von der Pflicht, die Gegenleistung zu bewirken, befreit; der Vertrag zerfällt in toto (preuß. A. L. R. I, 5 § 364; österr. G. B. § 1064, 1048, 1051, 1447; hess. Entw. Art. 360, bayr. Entw. Art. 119, dresd. Entw. Art. 388; vergl. sächs. G. B. 1013; schweiz. Bd. Ges. Art. 145; code civil Art. 1722, 1741, 1867, 1795, Zachariä II § 335). Auch das dem Gläubiger im Falle theilweiser Unmöglichkeit zustehende Minderungsrecht ist eine unmittelbare Rechtsfolge des Prinzipes. Es ist also kein Anspruch im Sinne der §§ 154 ff.[1]). Die Gegenleistung, bezw. der Anspruch des anderen Theiles auf dieselbe, mindert sich nach Maßgabe des § 392 Abs. 1, 2 in dem Verhältnisse, in welchem der Werth der möglich gebliebenen Leistung zu dem Werthe der Vollleistung zur Zeit der Vertragsschließung gestanden hat. Insoweit ist der gegenseitige Vertrag auch im Falle theilweiser Unmöglichkeit zerfallen; in Konsequenz dessen kann der Gläubiger, welcher mehr, als er hiernach schuldete, schon geleistet hat, das plus nach den Vorschriften über die Kondiktionen (§§ 737 ff.) zurückfordern, wie er nach denselben Grundsätzen im Falle gänzlicher Unmöglichkeit das von ihm aus dem Vertrage dem Schuldner schon Geleistete zurückfordern kann. — Neben dem Minderungsrechte stellt aber der Entwurf im Falle blos theilweiser Unmöglichkeit dem Gläubiger nicht auch ein unbedingtes oder von gewissen Voraussetzungen abhängiges Rücktrittsrecht zur Wahl (vergl. hess. Entw. Art. 361, bayr. Entw. Art. 120). Im Falle der vom Schuldner zu vertretenden theilweisen Unmöglichkeit ist allerdings durch § 369 dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht eingeräumt. Allein dieses Rücktrittsrecht dient dem Gläubiger anstatt des Schadensersatzes zur Wahrung seines Interesses. Man müßte hier, wo der Schuldner für die theilweise Unmöglichkeit nicht aufzukommen hat, jedenfalls beiden Theilen das Rücktrittsrecht geben; sonst ergäbe sich eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Gläubigers vor dem Schuldner. Dem Gläu-

Regeln des Entwurfes.

a) Nicht zu vertrende Unmöglichkeit;

---

[1]) Wo im Entwurfe das Recht der Minderung als Anspruch konstruirt und deshalb der Verjährung unterworfen wird, ist dies besonders ausgedrückt; vergl. §§ 383, 392, 397; §§ 569, 571, 579.

biger allein dasselbe einzuräumen, wäre um so bedenklicher, als ohnehin das in großen Gebieten zur Zeit geltende Recht zum Nachtheile des Schuldners schon dadurch eine wichtige Aenderung erleidet, daß derselbe grundsätzlich die Gefahr für die ihm obliegende Leistung durch Verlust des Anspruches auf die Gegenleistung trägt. Ob man aber beiden Theilen oder nur dem Gläubiger das Rücktrittsrecht beilegte, immer handelte es sich um ein anomales Institut, welches erhebliche Komplikationen des Gesetzes im Gefolge hätte. In Ermangelung zwingender Gründe sieht man deshalb prinzipiell von einem solchen Rücktrittsrechte besser ab. Es ist übrigens durch den dargelegten Standpunkt des Entwurfes nicht ausgeschlossen, daß, wo nach den Umständen des Falles der Rücktritt im Falle theilweiser zufälliger Unmöglichkeit der dem einen Theile obliegenden Leistung der Vertragsintention entspricht, solcher gestattet sein muß, wie andererseits als selbstverständlich zu bezeichnen ist, daß, wenn in concreto der an sich möglich gebliebene Theil der Leistung auch nicht mehr als Theil der geschuldeten Leistung angesehen werden kann, der Vertrag und demgemäß das Recht auf die Gegenleistung ganz wegfällt (§§ 73, 359)[1]).

b) Vom Gläubiger verschuldete Unmöglichkeit;

Wenn die Leistung in Folge eines von dem Gläubiger zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist, so liegt hierin für den Schuldner an sich ein Zufall, welcher ihn selbstverständlich befreit (§ 237; preuß. A. L. R. I, 5 § 361). Dem Schuldner bleibt aber sein Anspruch auf die Gegenleistung; der Grundsatz des Abs. 1 greift nicht Platz. Der Vertrag bleibt bestehen und der Schuldner ist berechtigt, die Gegenleistung zu fordern, wie wenn er erfüllt hätte. Die ihm obliegende Leistung gilt als erfüllt (sächs. G. B. § 721; schweiz. Bd. Ges. Art. 279, 298, 370; hess. Entw. II § 222, bayr. Entw. Art. 121, 422, 498, dresd. Entw. Art. 278, 561, 625). Dem Interesse des Schuldners ist mit dieser Rechtsfolge einer vom Gläubiger verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung genügt. Zu weit ginge es, an den Umstand allein, daß die Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung durch einen in Ansehung des vorliegenden Schuldverhältnisses von dem Gläubiger zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden, die Verpflichtung des Gläubigers zum Schadensersatze zu knüpfen (preuß. A. L. R. I, 5 § 361, I, 11 §§ 888, 889, 909, 910, 918; österr. G. B. § 1155). Die Schadensersatzpflicht nach Maßgabe der Vorschriften über die Haftung wegen unerlaubter Handlungen bleibt selbstverständlich vorbehalten. — Dieselbe Rechtsfolge, wie im Falle einer vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit, tritt in Konsequenz des in § 257 zum Ausdrucke gelangten Gedankens ein, wenn nach dem Eintritte des Gläubigerverzuges die Leistung in Folge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. — Der Schuldner, welcher den Anspruch auf die Gegenleistung behält, muß aber in beiden Fällen von dem Gläubiger diejenigen Aufwendungen sich kürzen lassen, welche er dadurch erspart, daß er von der ihm obliegenden Leistung befreit worden ist. Der materielle Werth der Gegenleistung ergiebt sich erst nach Abzug des Betrages dieser Aufwendungen. Auf dem gleichen Prinzipe beruht die dem Gläubiger ertheilte Berechtigung, dem Schuldner auch den Geldwerth des Erwerbes,

c) Eintritt. d. Unm. bei Gläubigerverzug.

[1]) S. auch Rücktritt für die Zukunft §§ 505, 529, 566.

welchen er, falls die Nichtleistung ihn zur anderweiten Verwendung seines Arbeitsvermögens in den Stand gesetzt hat, durch die anderweite Verwerthung seines freigewordenen Arbeitsvermögens gemacht hat, in Abzug zu bringen (Windscheid II § 400 Note 15, § 401 Note 7; dresd. Entw. Art. 561, 625; vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 51 S. 182). Die Ausdehnung der Vorschrift auf den Erwerb, welchen der Schuldner böswillig, also in der Absicht, dem Gläubiger zu schaden, versäumt hat, entspricht sichtbar der Billigkeit und den Grundsätzen von Treu und Glauben, wonach böswillig versäumter Erwerb als wirklich gemachter zu behandeln ist[1]). Wenn von anderer Seite noch weiter gegangen und dem Schuldner dem Gläubiger gegenüber eine Diligenzpflicht hinsichtlich der Verwerthung seines frei gewordenen Arbeitsvermögens auferlegt wird (z. B. hess. Entw. I Art. 222, bayr. Entw. Art. 498, Entsch. des vorm. R. O. H. G. XIII Nr. 96), so kann dies schon deshalb nicht gebilligt werden, weil im Falle der vom Gläubiger verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung diese als erfüllt gilt und demgemäß der Anspruch des Schuldners an sich nicht ein Schadensersatzanspruch, bezw. ein solcher auf Leistung des Erfüllungsinteresses, sondern der Anspruch auf Bewirkung der geschuldeten Gegenleistung ist. Der Gläubiger hat nur das Recht des Abzuges, welches er zutreffenden Falles durch Zurückhaltung sich sichern kann, nicht den Anspruch auf Bezahlung des entsprechenden Betrages. Ist ohne Abzug geleistet, so gestaltet sich die Rückforderung nach allgemeinen Grundsätzen. Immer hat der Gläubiger zu beweisen, daß und zu welchem Abzuge er berechtigt ist[2]).

Die Vorschrift des dritten Absatzes enthält die folgerichtige Durchführung des dem § 238 zu Grunde liegenden Gedankens.

§ 369.

d) Vom Schuldner verschuldete Unmöglichkeit.

Die für den Gläubiger im Falle zufälliger Unmöglichkeit der ihm gebührenden Leistung eintretende Befreiung von der Gegenleistung hat als nothwendige Konsequenz das Recht des Gläubigers, die Gegenleistung auch im Falle der vom Schuldner der Leistung zu vertretenden Unmöglichkeit zu verweigern. Der Schuldner würde sonst mehr Rechte haben, wenn die Unmöglichkeit von ihm zu vertreten ist, als im Falle der zufälligen Unmöglichkeit. Daraus würde jedoch nur die gleiche rechtliche Stellung des Gläubigers wie im Falle des § 368 Abs. 1 folgen. Die dem Schuldner obliegende Vertretung rechtfertigt jedoch eine andere Gestaltung.

1. Rücktritt des Gläubigers α. bei Verzug

In Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes ist in dieser Richtung anerkannt, daß der Gläubiger im Falle eines gegenseitigen Vertrages beim Verzuge des Schuldners von dem Vertrage zurücktreten könne, wenn die Leistung in Folge des Verzuges für ihn kein Interesse hat (Windscheid § 280 Nr. 1, § 394 Nr. 24). Auch in der modernen Gesetzgebung ist, nicht blos im code civil Art. 1184, für den Verzugsfall ein Rücktrittsrecht des Gläubigers vielfach

---

1) Vergl. § 561 und §§ 518 Satz 2, 575 Satz 2.

2) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVII Nr. 48 XVIII Nr. 96.

bestimmt (H. G. B. Art. 354, 355; schweiz. Bd. Ges. Art. 122; bayr. Entw. Art. 138, dresd. Entw. Art. 305). Das preuß. Recht stellt zwar, von dem eigenthümlich gestalteten Rücktrittsrechte wegen veränderter Umstände und wegen Mangels der Erfüllung von einer Seite (A. L. R. I, 5 §§ 377 ff., 396 ff.) abgesehen, den Satz, daß bei gegenseitigen Verträgen beim Verzuge des einen Theiles der andere, falls die Leistung für ihn interesselos ist, vom Vertrage abzugehen befugt sei, nicht allgemein auf; doch finden sich einzelne Anwendungen dieses Grundsatzes (A. L. R. I, 11 §§ 129, 130, 207, 938, 1001). Auch der Entwurf giebt dem Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen im Falle des Verzuges des anderen Kontrahenten das Recht zum Rücktritte vom Vertrage, jedoch nicht unbedingt (vergl. H. G. B. Art. 354, 355; Entw. § 361), sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Leistung zufolge des Verzuges für ihn das Interesse verloren hat, der Rücktritt in concreto durch das Interesse des Gläubigers also gerechtfertigt ist (§ 369 Abs. 2). In nothwendiger Konsequenz des Gedankens ist unter derselben Voraussetzung dem einen Kontrahenten das Rücktrittsrecht auch dann einzuräumen, wenn die dem anderen Theile obliegende Leistung aus einem von diesem zu vertretenden Umstande theilweise unmöglich geworden ist. Denn der Verzug involvirt eine theilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit der Leistung; es ist kein Grund ersichtlich, warum andere Fälle theilweiser Unmöglichkeit in der in Frage stehenden Beziehung nicht gleich behandelt werden sollten. In Theorie und Praxis ist auch die Gleichstellung mehrfach anerkannt (§ 369 Abs. 1 Satz 2). In beiden Fällen hat der Gläubiger die Voraussetzung seines Rücktrittsrechtes, nämlich, daß die Leistung in Folge des Verzuges, bezw. daß der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung für ihn kein Interesse hat, zu beweisen. Der Wegfall des Interesses ist aber für die Gegenwart festzustellen; denn das Gesetz will dem durch die gegenwärtige Sachlage benachtheiligten Gläubiger helfen.

β. bei theilweiser Unmöglichkeit,

γ. bei totaler Unmöglichkeit,

Ist die dem einen Kontrahenten gebührende Leistung durch Verschulden des anderen Kontrahenten nicht blos theilweise, sondern in ihrem vollen Umfange unmöglich geworden, so daß der erstere von der versprochenen Leistung gar nichts erhält, so hat er daran ein positives Interesse in keinem Falle. Von Interesse kann ihm nur der Schadensersatzanspruch oder das Rücktrittsrecht sein. Es wäre inkonsequent, ihm in einem solchen Falle dasjenige Rücktrittsrecht zu versagen, welches ihm bei der Möglichkeit eines minimalen Theiles der Leistung zustehen würde. Eine weitere Folge ist die Beilegung des Rücktrittsrechtes im Falle der qualifizirten Mora nach rechtskräftiger Verurtheilung (Fall der fiktiven Unmöglichkeit: § 243). Es liegt hierin augenscheinlich eine angemessene Fortbildung des geltenden Rechtes und eine immerhin empfehlenswerthe Annäherung an das franz. Recht, soweit dessen Gedanke als berechtigt anzuerkennen ist[1]).

2. oder Schadensersatz.

Der Entwurf stellt das Rücktrittsrecht dem Gläubiger nur zur Wahl neben den Schadensersatzanspruch. In Uebereinstimmung mit dem H. G. B. (Art. 354, 355) ist hiernach die Geltendmachung irgend eines Schadens-

---

[1]) S. noch § 377 Abs. 2.

ersatzanspruches neben dem Rücktritte ausgeschlossen (schweiz. Bd. Ges. Art. 122, 124, bayr. Entw. Art. 138, dresd. Entw. Art. 305; vergl. preuß. A. L. R. I, 5 §§ 384, 398, 410). Rücktritt und aus dem Vertrage entspringender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus. Denn der Rücktritt soll die Betheiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre (§ 427). Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht[1]). Das Interesse des Gläubigers ist durch das Wahlrecht genügend gewahrt.

Das Rücktrittsrecht in den Fällen des § 369 ist im Anschlusse an das vorbehaltene Rücktrittsrecht gestaltet (Abs. 3)[2]). Es ist also kein Anspruch (§ 154, vergl. dagegen § 397). Von einer Präklusivfrist für Ausübung des Rücktrittsrechtes (§ 432) konnte hier keine Rede sein. Die übrigen in Absatz 3 für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften (§§ 426—431, 433) passen dagegen auch hierher. Zu bemerken ist hiernach, daß der Rücktritt sich durch die Erklärung des Rücktrittsberechtigten, also auch im Wege der Einrede gegen den Anspruch des anderen Theiles, vollzieht (§ 426), und daß also das Gericht lediglich im Bestreitungsfalle darüber zu befinden hat, ob die Erklärung abgegeben worden, bezw. ob die Voraussetzungen des Rücktrittes vom gegenseitigen Vertrage als vorhanden anzuerkennen sind. Insbesondere treffen die für die Untheilbarkeit des Rücktrittsrechtes (§ 433) maßgebenden Gründe auch hier vollkommen zu (vergl. § 242 Abs. 2, § 361 Abs. 2). Wesen des Rücktritts-rechtes.

IV. Gewährleistung des veräußerten Rechtes.

§ 370.

Der Entwurf behandelt die Verpflichtung zur Gewährleistung des veräußerten Rechtes (§§ 370 ff.) und diejenige zur Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache (§§ 381 ff.), abweichend vom preuß. Rechte (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 317, 318 ff., I, 11 §§ 136 ff.)[3]) und von dem österr. G. B. (§§ 922, 923, 932), durchaus als zwei, nach Inhalt und Rechtsmitteln verschiedene Rechtsinstitute. Gemeinsam ist den Instituten zwar der Rechtsgedanke, daß die Haftung in beiden Richtungen unmittelbar aus dem fraglichen Rechtsgeschäfte, an welches sie sich knüpft, entspringt, also nicht auf der Annahme einer besonderen, nebenherlaufenden Garantiepflicht beruht; im Uebrigen sind sie verschieden. Außerdem ist die Rechtsgewährpflicht schon begrifflich dem Gegenstande nach eine umfänglichere, als die Mängelgewähr, insofern sie sich nicht blos auf Sachen bezieht (vergl. § 370 Abs. 2, § 371 Abs. 2, § 443, 298 Unterschied von der Mängel-gewähr.

---

[1]) Anders z. B. § 566 Abs. 1 Satz 2.

[2]) In Vertragsverhältnissen, welche auf dauernde, fortlaufende Leistung gerichtet sind (z. B. Pacht, Miethe, Dienstvertrag, §§ 530, 532, 566), gestaltet sich das Rücktrittsrecht in seinen Wirkungen dadurch, daß es nicht auf die Vergangenheit zurückwirkt, in besonderer Weise.

[3]) Nach preuß. Recht ist zu unterscheiden zwischen gänzlicher und theilweiser Entwehrung; im Falle der letzteren greifen im Wesentlichen dieselben Grundsätze Platz, wie beim Fehlen bedungener oder vorausgesetzter Eigenschaften (vergl. Eccius I § 86 S. 524 ff.).

mit §§ 381, 444). Diese Scheidung entspricht auch dem gemeinen (Windscheid II §§ 391 ff., 393 ff.), wie im Wesentlichen dem sonstigen modernen Rechte (code civil Art. 1625, 1626 ff., 1641 ff.; sächs. G. B. §§ 899 ff., 930 ff.; schweiz. Bd. Ges. Art. 235 ff., 254 ff.; vergl. hess. Entw. Art. 149 ff., 164 ff., bayr. Entw. Art. 298 ff., 317 ff., dresd. Entw. Art. 156 ff., 172 ff). Die Vorschriften der §§ 370 ff. gelten also insbesondere auch im Falle nur theilweiser Entwehrung. Hatte der Veräußerer eine fehlende Rechtseigenschaft besonders vertragsmäßig zugesichert, so handelt es sich um das Einstehen für eine besondere Vertragspflicht, also um Anwendung allgemeiner Grundsätze, nicht der Vorschriften über die im Vertrage an sich begründete Rechtsgewährpflicht.

Beide Institute entwickelten sich zwar in den Quellen des röm. Rechtes hauptsächlich in Beziehung auf den Kaufvertrag, haben jedoch schon im röm. Rechte, zweifellos im gemeinen und modernen Rechte allgemeinere Bedeutung, nämlich prinzipiell für alle sog. lästigen Veräußerungsverträge. Es erschien deshalb angezeigt, beide Institute nicht bei dem Kaufvertrage, sondern in den allgemeinen Bestimmungen über das Recht der Schuldverhältnisse zu ordnen[1]).

Verpflichtung aus obligator. Geschäfte, über Sachen und Rechte.

In den §§ 370 ff. wird nur die Rechtsgewährpflicht aus dem auf Sachen und dingliche Rechte sich beziehenden obligatorischen Veräußerungsvertrage geregelt, d. h. aus Verträgen, welche die Verpflichtung begründen zur Uebertragung des Eigenthumes an (körperlichen) Sachen (s. § 778) oder zur Uebertragung eines Rechtes außer Forderungen. Die Rechtsgewährpflicht des Veräußerers einer Forderung ist im Anschlusse an die Vorschriften der §§ 370 ff. in § 298, diejenige des Schenkers in § 443 (vergl. § 448 Abs. 2) normirt[2]). Gewöhnlich wird die Verpflichtung zur Gewährleistung des veräußerten Rechtes an den „entgeltlichen" obligatorischen Veräußerungsvertrag geknüpft. Der Entwurf vermeidet diese Bezeichnung als mißverständlich. Die richtige Begrenzung ergiebt sich aus § 443. Die Rechtsgewährpflicht greift aber Platz nicht blos bei gegenseitigen Verträgen, sondern, wo überhaupt durch Vertrag die Verpflichtung zur Veräußerung begründet ist, und nach Maßgabe der §§ 342, 343 auch bei Verpflichtung durch einseitiges Versprechen. Die vertragsmäßige Verpflichtung darf jedoch nicht so enge aufgefaßt werden, als müsse die Verpflichtung als etwas Abgesondertes der Veräußerung vorangegangen sein. In der Veräußerung spricht sich, wenn nicht ein anderer Grund derselben vorhanden ist, welcher jede Haftung des Veräußernden ausschließt, auch ein obligatorisch verpflichtender Wille aus, der zwar gerade in Ansehung der Gewährleistung ausgeschlossen werden kann, aber eines besonderen Ausdruckes nicht bedarf. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn die Veräußerung des betreffenden Gegen-

---

1) Siehe Windscheid a. a. O. § 392 Note 4.

2) Siehe § 265 (datio in solutum) §§ 492, 493 (Erbschaftskauf), § 568 Abs. 1 (Werkvertrag), § 502 (Tausch), § 771 (Naturaltheilung), ferner § 58 Satz 3 (Stiftung), § 1500 Abs. 1 Satz 3 (Ausstattung), §§ 681, 682 (Verpfändungsvertrag). Besondere Bestimmungen über die Rechtsgewährpflicht beim Vergleiche (sächs. G. B. § 1413, dresd. Entw. Art. 965) giebt der Entwurf nicht. Bezüglich der analogen Verpflichtung des Vermiethers und Verpächters s. §§ 508, 532.

standes nicht zur Erfüllung des hierauf gerichteten Vertrages erfolgt, sondern vielmehr zur Abwendung der Erfüllung oder der Erzwingung der eigentlichen Leistung nachgelassen ist, wie im Falle der sog. facultas alternativa, oder wenn der Gegenstand der Veräußerung nur in solutione ist. Im Falle gesetzlicher Verpflichtung zur Veräußerung findet Rechtsgewährpflicht nicht statt (arg. §§ 370, 300). Inwieweit der mit einem Vermächtnisse Belastete dem Legatar für Rechtsgewähr haftet, ist im V. Buche[1]) bestimmt.

In § 370 ist die Regel an die Spitze gestellt, daß derjenige Kontrahent, welcher vertragsmäßig zur Veräußerung einer Sache verpflichtet ist, dem anderen das Eigenthum an der Sache, und derjenige, welcher vertragsmäßig zur Veräußerung eines Rechtes verpflichtet ist, das Recht selbst zu verschaffen habe (Verschaffungsprinzip). Der Entwurf beruht auf der grundsätzlichen Auffassung, daß bei allen auf Veräußerung gerichteten Verträgen, insbesondere auch bei dem Kaufvertrage (§ 459), der Verpflichtete dem Berechtigten unmittelbar auf Grund des Vertrages zur Rechtsverschaffung verpflichtet sei, abweichend von dem gemeinen Rechte, nach welchem die Verpflichtung des Verkäufers nicht auf Verschaffung des Rechtes am Kaufgegenstande, sondern nur auf Verschaffung des ungestörten Genusses gerichtet ist, und die Haftung des Verkäufers dem Käufer gegenüber für Entwehrung aus dieser Verpflichtung als eine gewissermaßen selbständige Pflicht zur praestatio emtori rem habere licere entspringt (Windscheid II § 389 Nr. 1, § 391, §§ 392, 398). Nur mit Annahme des Verschaffungsprinzipes wird man der in der Gegenwart vorherrschenden Auffassung über Bedeutung und Wesen des Veräußerungs-, insbesondere des Kaufvertrages gerecht; ihm folgen auch, mit Ausnahme des sächs. G. B. (§§ 1082, 1089, 1092, 930 ff.), die modernen Kodifikationen[2]). Rechtsverschaffung.

Es liegt übrigens auf der Hand, daß der Anspruch aus der Gewährleistung des veräußerten Rechtes für das bürgerliche Gesetzbuch nicht die Bedeutung hat, wie für das gemeine Recht, weil und insoweit die Grundsätze über den Erwerb des Eigenthumes und anderer Rechte an Sachen auf Grund der Eintragung im Grundbuche bezw. des guten Glaubens des Erwerbers eingreifen. Wenn der dritte Berechtigte hiernach sein Recht gegen den Erwerber nur gegen Befriedigung des Lösungsanspruches desselben geltend zu machen befugt ist, beschränkt sich der Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer (§ 377) umfänglich, wenn nicht nach Lage der Sache die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch überhaupt fehlt.

Die Pflicht zur Gewährleistung des veräußerten Rechtes entspringt aus dem obligatorischen Vertrage, besteht also an sich nur zwischen den Vertragsparteien. Im Konkurse über das Vermögen des Veräußerers ist der Anspruch als Konkursforderung geltend zu machen. Ueber den Fall, wenn das Recht des Dritten nicht dem Erwerber, sondern erst dessen Sondernachfolger gegenüber

---

[1]) Vergl. § 1879, §§ 1848 ff.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 1; österr. G. B. § 1053; code civil Art. 1582 1583; schweiz. Bd. Ges. Art. 229; vergl. hess. Entw. II Art. 1, 7, bayr. Entw. Art. 264, 287, 335, dresd. Entw. Art. 422.

mit Erfolg geltend gemacht wird, trifft der Entwurf keine besondere Bestimmung. Auch ohne eine solche wird Wissenschaft und Praxis, wenn die Entziehung ihren Grund in der mangelhaften Rechtsverschaffung seitens des ersten Veräußerers hat, zur entsprechenden Anwendung der §§ 370 ff. gelangen (Windscheid § 391 Nr. 4).

§ 371.

Rechte an der veräußerten Sache 2c.;

Ein Mangel im Rechte des Veräußerers liegt auch vor, wenn Rechte an der Sache oder dem veräußerten Rechte bestehen oder sonstige auf die Sache oder das Recht sich beziehende Rechte, welche ein Dritter gegen den Erwerber geltend machen kann; der Veräußerer haftet hiernach auch für derartige persönliche Rechte (z. B. § 509); vergl. sächs. G. B. §§ 930, 931; schweiz. Bd. Ges. Art. 235; hess. Entw. Art. 149, bayr. Entw. Art. 298, dresd. Entw. Art. 156. Für die Freiheit des veräußerten Gegenstandes von Rechten an demselben haftet der Veräußerer prinzipiell schrankenlos. Für das röm. und gemeine Recht herrscht bekanntlich Streit, ob bezw. unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange der Veräußerer für die Freiheit eines Grundstückes von Grunddienstbarkeiten hafte[1]). In der bestehenden Gesetzgebung wird die Haftung des Veräußerers in dieser Richtung in verschiedener Weise beschränkt; gemeinsam ist der Gedanke, daß die Haftung wegfällt wegen Dienstbarkeiten, welche offensichtlich sind oder auf welche der Erwerber nach den konkreten Umständen gefaßt sein mußte (code civil Art. 689; hess. Entw. Art. 159 Abs. 2; österr. G. B. §§ 923, 928; sächs. G. B. § 945; bayr. Entw. Art. 300, dresd. Entw. Art. 157). In Uebereinstimmung mit dem preuß. Rechte und dem schweiz. Bd. Ges. hat der Entwurf diesfalls keine Ausnahme von dem Grundsatze aufgenommen. Die Auffassung des röm. Rechtes, daß die Belastung eines Grundstückes mit Grunddienstbarkeiten etwas so Gewöhnliches sei, daß der Käufer sich einen besonderen Vorbehalt machen müsse, paßt für die heutige Entwickelung und Betriebsweise der Landwirthschaft und die Verkehrsanschauung in Deutschland nicht mehr. Der für eine Ausnahme im Sinne der angeführten Gesetze etwa geltend zu machende praktische Grund, daß sie zur Verminderung von chikanösen Prozessen und zur Vermeidung unbilliger Härten für die Veräußerer diene, muß zurücktreten gegenüber der Pflicht des Veräußerers, dem Erwerber alle Rechte Dritter anzuzeigen (§ 462), abgesehen davon, daß, wenn eine solche Ausnahme einige Prozesse verhüten möchte, durch sie eine große Zahl anderer Prozesse hervorgerufen würde, indem oft zweifelhaft und darüber gestritten würde, ob eine Grunddienstbarkeit in concreto offensichtlich, bezw. ihr Vorhandensein anzunehmen gewesen sei. Grunddienstbarkeiten sind aus diesem Grunde auch von dem Eintragungsprinzipe (§§ 828, 966, 969) nicht ausgenommen. Die Haftung des Veräußerers wegen Grunddienstbarkeiten kann hiernach insbesondere nicht unter Berufung auf die Eintragung im Grundbuche abgelehnt werden (§ 373). In Gemäßheit des § 371 bezieht sich die Gewährleistungspflicht auch auf die Freiheit des veräußerten

Grunddienstbarkeiten.

---

[1]) Windscheid § 391 Note 28; Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 55, VII Nr. 55.

Gegenstandes von Pfandrechten und Grundschulden (s. § 373 Abs. 2). Dies entspricht dem geltenden Rechte[1]).

§ 372.

Oeffentliche Lasten und Abgaben.

Die dem gemeinen und sonst geltenden Rechte (preuß. A. L. R. I, 11 § 175; sächs. G. B. § 945; dresd. Entw. Art. 157 Abs. 2) entsprechende Bestimmung des § 372 beruht darauf, daß die Kenntniß von dem Vorhandensein der auf einem Grundstücke (vergl. § 781) ruhenden öffentlichen Abgaben bei dem Erwerber in der Regel vorauszusetzen, event. es seine Sache ist, sich nach deren Vorhandensein zu erkundigen. Es handelt sich nur um Lasten des öffentlichen Rechtes. Die Beifügung der nicht buchungsfähigen öffentlichen Lasten neben den öffentlichen Abgaben ist gerechtfertigt, weil gerade auch wegen solcher Lasten dem Erwerber die Erkundigungspflicht imputirt werden muß. Das Landesrecht ist darüber maßgebend, welche öffentlichen Lasten im Sinne des § 372 von einem Grundstücke zu entrichten sind. Was nach § 372 bei der Veräußerung von Grundstücken gilt, ist selbstverständlich auch anzuwenden, wenn es sich nur um die Veräußerung eines Rechtes an dem Grundstücke handelt.

Auch bei beweglichen Sachen (z. B. Schiffen, Buden) können öffentliche Abgaben vorkommen. Für sie gilt die Vorschrift des § 372 nicht. Der Grund (Notorietät und Erkundigungspflicht des Erwerbers) trifft hier nicht zu. Auch auf rückständige öffentliche Abgaben der in § 372 bezeichneten Art bezieht sich die den Veräußerer befreiende Vorschrift schon nach ihrem Wortlaute nicht (preuß. A. L. R. I, 11 § 182). Daß der Veräußerer dem Erwerber im Falle besonderer Zusicherung oder seines Dolus für öffentliche Lasten und Abgaben überhaupt haftet, braucht nicht ausgedrückt zu werden.

§ 373.

Kenntniß des Erwerbers.

Die in § 370, 371 normirte Gewährleistungspflicht des Veräußerers tritt nicht ein, wenn der Erwerber bei der Schließung des (obligatorischen) Vertrages den betreffenden Mangel im Rechte des Veräußerers gekannt hat, gleichgültig auf welche Weise der Erwerber diese Kenntniß erhielt. Der Veräußerer, welcher diesen Befreiungsgrund geltend macht, hat ihn erforderlichen Falles zu beweisen. Ist ein Recht, für dessen Fehlen der Veräußerer nach § 371 zu haften hat, im Grundbuche eingetragen, so kommt diese Eintragung vielleicht für den Beweis der Kenntniß des Erwerbers in Betracht; sie liefert aber diesen Beweis ebensowenig, wie sie von der Führung des Beweises befreit. Im Falle der Kenntniß des Erwerbers ist dessen Verzicht auf die Gewährleistung oder die Annahme begründet, daß er die aus dem Rechte des Dritten ihm drohende Gefahr übernehmen wollte. Nur wirkliche Kenntniß steht demgemäß dem An-

---

[1]) Windscheid § 391 S. 476; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 184 ff.; österr. G. B. § 928; sächs. G. B. § 930, s. Siebenhaar zu § 945, II S. 165; schweiz. Bd. Ges. Art. 235; bayr. Entw. Art. 314.

sprüche des Erwerbers entgegen, nicht auch die auf einem Verschulden desselben beruhende Unkenntniß von dem Rechtsmangel. Der Gleichstellung der Kenntniß und verschuldeter Unkenntniß steht vor Allem die Pflicht des Veräußerers zur Auskunftsertheilung entgegen (Windscheid a. a. O. § 391 Nr. 6; code civil Art. 1599, 1629; österr. G. B. § 929; sächs. G. B. § 944; schweiz. Bd. Ges. Art. 236; hess. Entw. Art. 149, bayr. Entw. Art. 298, dresd. Entw. Art. 158). Jeder Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer aus den Vorschriften der §§ 377 ff. fällt im Falle der Kenntniß des Ersteren von dem Rechtsmangel zu der erwähnten Zeit hinweg. Ansprüche des Erwerbers aus einer besonderen vertragsmäßigen Zusage des Veräußerers (sächs. G. B., schweiz. Bd. Ges., dresd. Entw. a. d. a. O.) bleiben aber selbstverständlich bestehen. Die Haftung des Veräußerers ist solchenfalls nach dem Inhalte dieser Zusage zu beurtheilen. — Haben beide Vertragschließende den Vertrag wissentlich und ausdrücklich über die Sache oder das Recht eines Dritten abgeschlossen (preuß. A. L. R. I, 11 § 139), so hängt, vorausgesetzt, daß der Vertrag nicht als gegen die guten Sitten verstoßend überhaupt ungültig ist, die Entscheidung von der Beurtheilung des konkreten Falles ab, ob ein Verzicht des Erwerbers auf die Haftpflicht des Veräußerers anzunehmen ist oder nicht (vergl. § 348). — Wenn der Erwerber zwar nicht bei der Schließung des obligatorischen Vertrages, aber doch bei der Erfüllung, d. h. bei Abschluß des dinglichen Vertrages von dem Rechtsmangel des Veräußerers Kenntniß hatte, so ist es gleichfalls Thatfrage, welche Bedeutung diesem Umstande beizumessen ist, ob insbesondere hierin ein Verzicht des Erwerbers auf die Gewährleistung gefunden werden kann.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes weicht zwar vom gemeinen Rechte ab, entspricht aber der heutzutage herrschenden Verkehrssitte, wonach die Rechte des Erwerbers durch die Kenntniß von Hypotheken, Grundschulden und Pfandrechten nicht berührt werden (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 184—187).

§ 374.

Haftung für Rechtsverschaffung.

Die Rechtsverschaffung ist ein Theil der Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung (vergl. preuß. A. L. R. I, 5 § 317; österr. G. B. §§ 922, 923, 932; code civil Art. 1603). Hierfür haftet er, wie in allen Fällen des obligatorischen Veräußerungsvertrages, nach den Grundsätzen, welche bezüglich des Einstehens des obligatorisch Verpflichteten für das (anfängliche) subjektive Unvermögen maßgebend sind, zufolge der im Vertrage begrifflich und unmittelbar liegenden Garantie für die Verschaffung des Rechtes.

Verweigerung der Gegenleistung.

Der Entwurf gesteht hiernach dem Erwerber, so lange der Veräußerer wegen eines Mangels in seinem Rechte die Verpflichtungen der §§ 370, 371 nicht erfüllt hat, also das Eigenthum oder das sonstige Recht nicht, bezw. nicht so, wie er vertragsmäßig verpflichtet ist, dem Erwerber wirklich verschafft hat, allgemein, auch für den Fall, daß den übrigen Erfordernissen, von welchen der Erwerb des zu verschaffenden Rechtes abhängt, genügt, insbesondere der dingliche Vertrag erfolgt ist, das Recht zu, die ihm obliegende Gegenleistung

zu verweigern (§ 374 Satz 1, 2). Für den Fall, daß der dingliche Vertrag noch aussteht, folgt dieses Recht schon aus den Grundsätzen über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Auch für den zweiten Fall, wenn der dingliche Vertrag hinzugetreten, der obligatorische Vertrag also formell erfüllt ist, ergiebt sich das Recht desjenigen, welchem das Recht verschafft werden soll, die ihm obliegende Gegenleistung zu verweigern, gemäß dem Verschaffungsprinzipe (§§ 370, 371), welches insoweit ohne Modifikation zur Geltung kommt, aus ebendenselben Grundsätzen. Der Hauptübelstand, welcher sich an das reine Verschaffungsprinzip knüpft und zu dessen Modifikation nöthigt, nämlich die Schwierigkeit der Berechnung des zu erstattenden Interesses, ist mit der unbeschränkten Zulassung des Rechtes der Verweigerung der Gegenleistung keineswegs verknüpft; es wird demgemäß durch diese Zulassung nur in gerechtfertigter Weise jenem in erster Reihe stehenden Prinzipe die gebührende Geltung eingeräumt. Der Veräußerer kann auch nach hinzugetretenem dinglichem Vertrage die Gegenleistung nicht dadurch sich verschaffen, daß er dem Erwerber Sicherheit, etwa für den Betrag des im Falle der Entwehrung zu leistenden Schadensersatzes, leistet; auch steht ihm nicht, wie nach preuß. Rechte (A.L.R. I, 11 §§ 222, 223) die Befugniß zu, die Hinterlegung der Gegenleistung oder eines verhältnißmäßigen Theiles derselben zu verlangen. Jenes Recht steht dem Erwerber kraft des Verschaffungsprinzipes schlechthin nach den allgemeinen Grundsätzen der exceptio non adimpleti contractus zu, wonach sie gegenständlich auch nicht auf einen verhältnißmäßigen Theil der Gegenleistung beschränkt ist. Nur soweit dieser Einrede mit der replica doli auf Grund der Behauptung, daß die zurückbehaltene Gegenleistung außer allem Verhältnisse zu der nicht verschafften Leistung stehe, entgegengetreten werden kann, ist dies auch hier zulässig. Eine Voraussetzung des dem Erwerber beigelegten Rechtes ist, daß das Recht des Dritten oder der Mangel im Rechte des Veräußerers feststeht, bezw. von dem Verweigernden bewiesen wird (vergl. § 379). In Ermangelung dessen hat der Erwerber das Recht, die Gegenleistung zu verweigern, aber nicht, insbesondere auch nicht in dem Falle, wenn das Recht des Dritten nur wahrscheinlich gemacht, oder wenn nur die Besorgniß der Entwehrung durch einen Dritten begründet, dessen Recht aber nicht bewiesen wäre (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 222, 223, sächs. G. B. § 943, hess. Entw. Art. 157, dresd. Entw. Art. 166 Abs. 2, Windscheid a. a. O. § 389 Note 8 ff.). Ein Bedürfniß für die Beilegung eines solchen exzeptionellen Rechtes liegt nicht vor. In der Belastung des Erwerbers mit dem Beweise des Rechtes des Dritten liegt vielmehr das wünschenswerthe Korrektiv gegen den etwaigen Mißbrauch des Rechtes, die Gegenleistung zu verweigern. *Beweis des Rechtes des Dritten.*

Ist den formellen Erfordernissen genügt, von welchen der Erwerb des dem anderen Theile zu verschaffenden Rechtes abhängig ist, also der dingliche Vertrag vollzogen, so kann das Verschaffungsprinzip nicht in der Weise durchgeführt werden, daß der Erwerber den Veräußerer wegen Nichtverschaffung des zugesagten Rechtes auch ohne vorgängige Entwehrung in Anspruch nehmen könnte. Aus Gründen der Praktikabilität und einer gewissen Billigkeitsrücksicht gegen den Veräußerer ist vielmehr eine Modifikation des Prinzipes dahin erforderlich, daß nach der formellen Erfüllung, nach Abschluß des dinglichen *Entwehrung als Voraussetzung des Anspruches wegen Nichterfüllung.*

Vertrages, der Erwerber den Veräußerer in der Regel erst dann in Anspruch nehmen kann, wenn entwehrt worden ist, bezw. der Dritte mit seinem Rechtsanspruche wirklich hervorgetreten ist und die Anerkennung desselben erlangt hat vorausgesetzt, daß sein Recht wirklich als bestehend nachgewiesen wird (§§ 375, 376, 379). Diese Modifikation ist allerdings positiver Natur; die Verwickelungen, welche bei Festhaltung des reinen Verschaffungsprinzipes sich ergeben und daraus entspringen, daß, so lange der Dritte gegen den Erwerber mit Erfolg seine Rechte nicht geltend gemacht hat, das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien auf Grund der Voraussetzung, der Dritte habe das betreffende Recht, in definitiver Weise allermeist kaum oder schwer zu ordnen wäre, daß es insbesondere an der Grundlage für die Berechnung des zu erstattenden Interesses meistens fehlte, zwingen zu dieser Modifikation. Hieraus erklärt sich auch zur Genüge, daß mit einziger Ausnahme des zür. G. B. (§§ 1398, 1404, 1410) und des dresd. Entw. (Art. 156, 163 ff., 166) sämmtliche neuen Kodifikationen an der Regel festhielten, der Veräußerer habe erst nach der wirklichen Eviktion die Haftpflicht zu erfüllen (preuß. A. L. R. I, 5 § 317, I, 11 §§ 135, 136, 143; österr. G. B. § 922; code civil Art. 1626; sächs. G. B. § 930 ff.; schweiz. Bd. Ges. Art. 235 ff.; hess. Entw. I Art. 149 ff., bayr. Entw. Art. 298 ff.). Nach Schließung des dinglichen Veräußerungsvertrages kann hiernach der Erwerber gegen den Veräußerer einen Anspruch aus dem Vertrage wegen Nichterfüllung der in den §§ 370, 371 bezeichneten Verpflichtungen regelmäßig erst dann erheben, wenn das Recht des Dritten im Sinne der §§ 375, 376 mit Erfolg geltend gemacht ist.

Aus der Vorschrift des § 374 Satz 3, verbunden mit § 377, folgt auch, daß nach Schließung des dinglichen Veräußerungsvertrages dem Erwerber in Ansehung seines Anspruches auf Rechtsverschaffung wenn nicht die Klage überhaupt, so doch der Weg des § 243 versagt ist. Der § 243 stellt gewisse Voraussetzungen auf, um dem Gläubiger auf sichere und einfache Weise zum Erfüllungsinteresse zu verhelfen. In Ansehung des Anspruches auf Rechtsverschaffung sind die Voraussetzungen für die Geltendmachung jenes Interesses in § 374 Satz 3, § 377 besonders geregelt. Ist dagegen der dingliche Vertrag noch nicht geschlossen, so steht dem Erwerber außer dem Rechte, die Gegenleistung zurückzubehalten, auch die Verfolgung seines Anspruches auf Rechtsverschaffung unbeschränkt zu; dies ergiebt sich aus §§ 370, 371.

§ 375.

Entwehrung. Begriff: a) Geltendmachung des Rechtes.

Die §§ 375, 376 stellen die in § 374 Satz 3 erwähnte Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Veräußerers fest[1]). Eine eigentliche Entwehrung im Sinne rechtlicher und faktischer Entziehung als Voraussetzung der Inanspruchnahme des Veräußerers verlangt der Entwurf nur in dem in § 375 Abs. 2

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 143—148; österr. G. B. § 931; code civil Art. 1626, 1640; sächs. G. B. §§ 930, 931, 932, 933, 935, 936; schweiz. Bd. Ges. Art. 235, 238, 239, 240; hess. Entw. Art. 149, 161, bayr. Entw. Art. 298, 299, 306 bis 308, dresd. Entw. Art. 164, 165; Windscheid II § 391 Nr. 1.

bezeichneten Falle. Deshalb ist die Voraussetzung nur dahin bezeichnet, daß das Recht des Dritten als mit Erfolg geltend gemacht anzusehen sei. Der Grund der Modifikation des Verschaffungsprinzipes trägt nicht weiter, als daß der Dritte sich bei dem Erwerber gemeldet und die Anerkennung seines (begründeten) Rechtes von Seiten des Erwerbers erwirkt oder ein rechtskräftiges Erkenntniß gegen diesen erstritten haben muß. Hiermit erledigen sich die Schwierigkeiten, welche unausbleiblich sind, wenn und so lange es ungewiß ist, ob der Dritte sein Recht geltend machen werde. Das Recht des Dritten ist demgemäß als mit Erfolg geltend gemacht anzusehen, wenn der Dritte dasselbe gegen den Erwerber im Wege des Prozesses verfolgt hat, einerlei ob als Kläger oder als Beklagter, und zu seinen Gunsten eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist, sowie dann, wenn der Erwerber das Recht gegenüber dem Dritten als begründet anerkannt hat, oder wenn er mit dem Dritten einen Schiedsvertrag geschlossen und der Schiedsspruch zu Gunsten des Dritten ergangen ist (C. P. O. §§ 851 ff.). In allen Fällen muß jedoch auch dem Veräußerer gegenüber festgestellt werden, daß das Recht des Dritten wirklich besteht. Der § 375 stellt nur die äußeren Erfordernisse für die Inanspruchnahme des Erwerbers auf.

Für den Fall, wenn bei dem die Veräußerung einer Sache betreffenden Vertrage die Verwirklichung des Rechtes des Dritten von der Herausgabe der Sache abhängig ist, muß zu den aufgestellten Voraussetzungen des Anspruches noch hinzutreten, daß der Erwerber dem Dritten freiwillig oder gezwungen die Sache herausgegeben habe. Denn solchenfalls dauert bis zur Herausgabe der Sache die Ungewißheit, ob der Dritte sein Recht wirklich geltend mache, noch in der früheren Bedeutung fort; das Recht ist effektiv insolange noch nicht geltend gemacht (Abs. 2).

Streitverkündung.

Da als Voraussetzung der Inanspruchnahme des Veräußerers nicht die Entziehung des Rechtes durch Prozeß (Eviktion) aufgestellt ist, so fehlt es schon deshalb an einem Grunde, den Anspruch des Erwerbers davon abhängig zu machen, daß er in dem Rechtsstreite mit dem Dritten dem Veräußerer den Streit verkündigte[1]). Es bedarf auch keiner Bestimmung über das Recht des Erwerbers, dem Veräußerer den Streit zu verkündigen, oder über die Wirkung der Streitverkündigung. In beiden Beziehungen sind die einschlagenden Vorschriften der C. P. O. §§ 69, 71, 65 ausreichend. Wenn der Erwerber die Streitverkündung, zu welcher ihn der Entwurf nicht verpflichtet, unterlassen und der Dritte ein obsiegendes Urtheil erstritten hat, so hat das Urtheil nach allgemeinen Grundsätzen Rechtswirkung lediglich unter den Parteien (§ 191 Abs. 1) zwischen dem Erwerber und dem Dritten, nicht auch zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer, unbeschadet des Rechtes des Erwerbers, die früheren Streitverhandlungen und das Urtheil als Beweismittel zu benutzen. An sich beweist das Urtheil das Recht des Dritten dem Veräußerer gegenüber nicht.

---

[1]) Auch die herrschende gemeinrechtliche Ansicht stellt die Streitverkündung nicht mehr als Erforderniß der Inanspruchnahme des Veräußerers auf; siehe Windscheid a. a. O. Noten 11, 12, dagegen sächs. G. B. § 933; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 143 ff.

§ 376.

b) Erwerb des Rechtes.

Wenn der Dritte, welchem das Recht an dem Vertragsgegenstande zusteht, Erbe des Erwerbers oder dieser Erbe des Dritten wird oder der Erwerber das Recht des Dritten anderweit, wenn auch unentgeltlich, erwirbt, so ist hierdurch die Eviktion durch den Dritten ausgeschlossen. Dennoch bleibt dem Erwerber der Anspruch gegen den Veräußerer. Dies ist schon im gemeinen Rechte und in der modernen Gesetzgebung anerkannt (Windscheid § 389 Note 8e; Dernburg II § 148 Note 6; sächs. G. B. § 937; hess. Entw. Art. 154 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 308 Ziff. 2, dresd. Entw. Art. 162). Um so mehr sind diese Fälle von dem Entwurfe auf Grund des Verschaffungsprinzipes als solche anzuerkennen, in denen das Recht des Dritten als mit Erfolg geltend gemacht anzusehen ist. Die Modifikation jenes Prinzipes tritt hier zurück, dieses wieder hervor. Derselben Beurtheilung unterliegt der Fall, wenn der Erwerber den Dritten für dessen Recht abgefunden hat (Windscheid § 391 Note 18; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 147). Weiter geht der Entwurf in der Durchbrechung der angenommenen Modifikation des Verschaffungsprinzipes nicht. Der Erwerber kann insbesondere nicht lediglich auf die Behauptung, daß er in irgend einer Weise durch das Bestehen des Rechtes des Dritten einen Schaden erleide, den Veräußerer wegen der Nichtverschaffung in Anspruch nehmen.

§ 377.

Schadensersatz, volles Interesse.

Ist das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht (§§ 375, 376), so hat der Veräußerer dem anderen Theile dessen volles Interesse dafür zu leisten, daß das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht worden. In dieser Beziehung stimmt der Entwurf mit dem gemeinen Rechte (Windscheid a. a. O. § 391 Nr. 5), sowie mit den Bestimmungen des code civil Art. 1630 ff., des sächs. G. B. § 941, des hess. Entw. Art. 152 ff. und des dresd. Entw. Art. 166, 167 überein. Dagegen ist im preuß. A. L. R. I, 11 §§ 154 ff., I, 5 § 323, im österr. G. B. § 932, im schweiz. Bd. Ges. Art. 241 und im bayr. Entw. Art. 309 der Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer verschiedentlich, insbesondere mit Rücksicht auf das Verschulden des letzteren und den Grad des Verschuldens, begrenzt[1]). Für den Entwurf konnte eine derartige Beschränkung der Haftpflicht des Veräußerers nicht in Frage kommen. Nach dem Verschaffungsprinzipe hat der Veräußerer gemäß den Grundsätzen über die Haftung des Schuldners für das anfängliche subjektive Unvermögen ohne Rücksicht auf ein Verschulden vollen Schadensersatz zu leisten; eine Beschränkung dieser Haftung wäre inkonsequent und prinzipwidrig.

Maßgebender Zeitpunkt.

Und zwar verwandelt sich der Anspruch auf Verschaffung mit dem Zeitpunkte, in welchem das Recht des Dritten mit Erfolg geltend

---

[1]) Das preuß. Recht ist übrigens in dieser Frage kontrovers; vergl. über diese Streitfrage Eccius a. a. O. I § 86 S. 522 und Entsch. des vormal. R. O. H. G. XIV S. 226 ff., des R. G. in Civils. II Nr. 56 S. 203 ff. Nach dem schweiz. Ges. Art. 241 wird im Falle gänzlicher Entwehrung der Vertrag als aufgehoben angesehen; daneben ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung des Interesses vom Verschulden des Verkäufers abhängig gemacht.

gemacht ist, definitiv in den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtverschaffung dergestalt, daß der Veräußerer nun gegen den Willen des Erwerbers nicht mehr berechtigt ist, sich dem Schadensersatzanspruche durch Verschaffung des Rechtes zu entziehen. Aus praktischen Gründen kann und muß, nachdem die Sache einmal in die betreffende Lage gediehen ist, unterstellt werden, der Veräußerer sei zur Verschaffung außer Stande. Diese Auffassung dient gleichzeitig dem Interesse der Einfachheit des Gesetzes, wie sie der mehrerwähnten Modifikation des Verschaffungsprinzipes sich passend anschließt. Aus dieser Auffassung folgt auch, daß von dem besagten Zeitpunkte an der Veräußerer den casus deteriorationis und interitus zu tragen, aber auch für Werthssteigerungen der entwehrten Sache nach diesem Zeitpunkte nicht einzustehen hat (Abs. 1, Abs. 2 Satz 1; vergl. sächs. G. B. § 941; hess. Entw. Art. 152, 160, bayr. Entw. Art. 309, 306, dresd. Entw. Art. 166). Haftung für casus.

Das in § 377 ausgesprochene Prinzip macht auch eine besondere Bestimmung für die in § 376 bezeichneten Fälle entbehrlich. Denn das Recht des Dritten ist hiernach als in dem Zeitpunkte, wo das betreffende Ereigniß sich zutrug, mit Erfolg geltend gemacht anzusehen. Daß ein Schadensanspruch besteht und wie dieser sich gestaltet, ergiebt sich von selbst; bedenklich wäre, dem Erwerber (nur) das Recht einzuräumen, seine Leistung zurückzufordern (Windscheid § 389 Note 8e, Dernburg § 148, Note 6); derselbe könnte hiernach bald zu viel, bald zu wenig erhalten. Auch das sächs. G. B. und die neueren Entwürfe enthalten sich einer besonderen Bestimmung.

Der Grundsatz gilt insbesondere auch im Falle nur theilweiser Entwehrung; auch hier verwandelt sich der Anspruch auf Verschaffung mit dem Zeitpunkte, wo das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist, definitiv in den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (abweichend preuß. A. L. R. I, 11 §§ 164 ff., I, 5 § 325, Eccius I S. 524). Theilweise Entwehrung.

Aus der Vorschrift, daß der Veräußerer dem Erwerber zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung verpflichtet ist, ergiebt sich von selbst, daß bezw. inwieweit der Veräußerer dem Erwerber die Kosten des vorausgegangenen Entwehrungsprozesses zu ersetzen verpflichtet ist (code civil Art. 1630; schweiz. Bd. Ges. Art. 241; hess. Entw. Art. 152, bayr. Entw. Art. 309); sowie daß, wenn der Erwerber von dem entwehrenden Dritten Ersatz erhält bezw. zu fordern berechtigt ist für Verwendungen oder dasjenige, was er für den Erwerb der Sache dem Veräußerer geleistet hat oder noch zu leisten hat (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 154; sächs. G. B. § 941; schweiz. Bd. Ges. Art. 241; hess. Entw. Art. 153, bayr. Entw. Art. 310, dresd. Entw. Art. 166), insoweit von einem Schaden, welchen den Erwerber durch die Entwehrung erlitten, keine Rede sein kann. Prozeßkosten. Verwendungen.

Die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2, 3 erfließen aus dem Grundsatze, daß die Haftung des Veräußerers wegen Entwehrung als eine solche für anfängliches subjektives Unvermögen anzusehen ist, wonach sich die Rechtsfolgen in gleicher Weise bestimmen wie bei nachträglicher vom Verpflichteten zu vertretender Unmöglichkeit der Leistung. Im Falle theilweiser Entwehrung tritt die Befugniß des Erwerbers, nach § 242 unter Rückgewähr des Empfangenen vollen Schadensersatz zu fordern oder nach Maßgabe des § 369 von dem Ver- Rücktritt vom Vertrage.

trage zurückzutreten, ein, wenn der nicht entwehrte Theil für ihn jetzt, d. h. zu dem Zeitpunkte, wo das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist, kein Interesse hat. Im code civil Art. 1636, sächs. G. B. § 942, schweiz. Bd. Ges. Art. 242, im hess. Entw. Art. 155, bayr. Entw. Art. 311 und dresd. Entw. Art. 367 wird das Rücktrittsrecht im Hinblicke darauf zugesprochen, daß der Erwerber bei Voraussicht der theilweisen Entwehrung den Vertrag nicht geschlossen haben würde. Nach dem Schadensersatzprinzipe (§ 377 Abs. 1, 2 Satz 1) muß der Zeitpunkt entscheidend sein, in dem das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist; auch mit dem Rücktritte verfolgt Erwerber nur sein Interesse an der Nichterfüllung.

§ 378.

Löschung entgegenstehender Eintragungen.

Der § 378 enthält eine allgemeine und selbständige Vorschrift. Betrifft der Vertrag (§ 370) die Veräußerung eines Grundstückes (§ 781) oder eines Rechtes an einem solchen, so ist der Veräußerer, in Ermangelung entgegengesetzter Vereinbarung, unbedingt verpflichtet, die eingetragenen, dem vertragsmäßigen Rechte des Erwerbers entgegenstehenden Rechte zur Löschung zu bringen, weil hiervon für den Erwerber die Möglichkeit abhängt, über den veräußerten Gegenstand als Erwerber zu verfügen und von demselben den erwarteten Nutzen zu ziehen. Diese Verpflichtung tritt ganz unabhängig davon ein, ob ein Gewährleistungsanspruch (§§ 374, 377) schon vorliegt, ob also das eingetragene Recht geltend gemacht ist oder nicht, und auch dann, wenn das eingetragene Recht nicht zur Entstehung gelangt ist oder nicht mehr besteht. Es ist nicht möglich, dem Erwerber den Anspruch erst dann zu gewähren, wenn entwehrt worden; denn die Existenz der seinem Rechte entgegenstehenden Eintragung ist ihm absolut hinderlich, wenn das eingetragene Recht auch nicht besteht, also nicht geltend gemacht werden kann. Diese Verpflichtung des Veräußerers steht unter den allgemeinen Normen über die Erfüllung und die Folgen der Nichterfüllung. Der Veräußerer hat diese Verpflichtung auf seine Kosten zu vollziehen; es handelt sich hier nicht um die Kosten der Eintragung des veräußerten Rechtes selbst (§ 466 Abs. 2). Kommt es zur Entwehrung, so finden im Uebrigen die allgemeinen Grundsätze über die Gewährleistung (§ 377) Anwendung.

bei registrirten Schiffen.

Die Ausdehnung der Vorschrift auf den Fall der Veräußerung der registrirten Schiffe (H. G. B. Art. 432 ff.; vergl. §§ 1196 ff.) empfiehlt sich bei par ratio aus demselben praktischen Grunde, welcher für die Vorschrift bei Grundstücken und Rechten an solchen maßgebend sind.

§ 379.

Beweis des Rechtes des Dritten.

Voraussetzung für den Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer aus der Rechtsgewährpflicht des letzteren ist, daß das Recht des Dritten besteht bezw. als begründet nachgewiesen wird. Dieser Beweis liegt dem Erwerber ob. Im bestehenden Rechte wird, soweit der Anspruch von der eigentlichen Eviktion abhängig gemacht wird, die Beweisfrage je nach der Auf-

fassung von der Streitverkündung im Zusammenhange mit den an die Unterlassung derselben verknüpften Folgen geregelt. Wo die Streitverkündung nicht Bedingung des Anspruches des Erwerbers ist, tritt der Grundgedanke, daß der Erwerber das Recht des Dritten beweisen müsse, überall hervor (österr. G. B. § 931; code civil Art. 1640; Zachariä II § 355 Art. 22—24; schweiz. Bd. Ges. Art. 238—240; hess. Entw. Art. 149, 154, 161, bayr. Entw. Art. 298, 306, 307, 308, dresd. Entw. Art. 162—165; vergl. sächs. G. B. §§ 935—937, preuß. A. L. R. I, 11, §§ 143—147, Windscheid § 391 Nr. 1 bes. Note 10). Der Entwurf sieht von dem Erfordernisse der Eviktion durch gerichtliches Urtheil ab und legt daher dem Erwerber auch die Verpflichtung zur Streitverkündung nicht auf. Demgemäß liegt dem Erwerber neben dem Beweise, daß das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht worden (§§ 375, 376), noch allgemein und unbedingt der Beweis ob, daß das Recht des Dritten begründet ist. Die Vorschrift des Entwurfes gilt aber nicht nur für die Fälle des § 374, wenn der Erwerber nach vollzogenem dinglichem Vertrage den Anspruch auf Schadensersatz erhebt oder den Rücktritt erklärt, sondern auch für den in § 378 bezeichneten Anspruch und für den Fall, wenn der Erwerber wegen eines Mangels im Rechte des Veräußerers die Gegenleistung verweigert, ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte sein Recht schon geltend gemacht hat, bezw. darauf, ob der dingliche Vertrag schon zu dem obligatorischen hinzugetreten ist oder noch aussteht. Die Beweislast in Ansehung des Rechtsmangels ist demjenigen, welchem das Recht verschafft werden soll, in allen Fällen, auch wo es sich nicht um den Schadensersatzanspruch handelt, aus absoluten Zweckmäßigkeitsgründen aufzulegen.

§ 380.

Die sämmtlichen Vorschriften über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes sind dispositiv, können durch Vertrag erweitert, beschränkt oder erlassen werden. Dies ist im geltenden Rechte allgemein anerkannt, ebenso daß ein pactum de non praestanda evictione (Abs. 2) unwirksam ist, wenn der Veräußerer das Recht des Dritten gekannt und verschwiegen hat (dolus malus; s. Windscheid § 391 Note 38; preuß. A. L. R. I, 5 § 348, I, 11 §§ 137, 138; code civil Art. 1627, 1628; sächs. G. B. § 947; schweiz. Bd. Ges. Art. 237; hess. Entw. Art. 158, bayr. Entw. Art. 305). Wenn der dresd. Entw. (Art. 170) weiter bestimmt, es sei als Erlaß der Gewährleistungspflicht anzusehen, falls die Sache als eine der Gefahr der Entwehrung ausgesetzte veräußert worden sei, so ist dies eine bedenkliche, jedenfalls entbehrliche Auslegungsregel. Ausschließung 2c. der Gewährleistung durch Vertrag.

Die gemeinrechtliche Streitfrage über die Tragweite eines pactum de non praestanda evictione (vergl. Windscheid a. a. O.; code civil Art. 1629) ist für den Entwurf gegenstandslos, insofern es im Einzelfalle auf die Auslegung des Vertrages ankommt.

Der Entwurf kennt, worin er mit dem gemeinen und dem franz. Rechte, dem schweiz. Bd. Ges. und dem dresd. Entw. übereinstimmt, keine besondere Verjährung für den Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer aus der Verjährung.

Gewährleistungspflicht für das veräußerte Recht. Für die Einführung einer kurzen Verjährungsfrist (sächs. G. B. § 946, hess. Entw. Art. 163, bayr. Entw. Art. 313; vergl. preuß. A. L. R. I, 5 § 344) in Ansehung des in § 377 normirten Anspruches auf das Erfüllungsinteresse besteht so wenig ein Bedürfniß, als in Ansehung des in § 378 bestimmten Anspruches. Das in § 377 Abs. 2 Satz 3 (vergl. mit § 369 Abs. 3) eingeräumte Rücktrittsrecht ist ohnedies kein Anspruch, unterliegt also der Verjährung nicht.

V. Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache.

§§ 381, 382.

Anschluß an das geltende Recht.

Die Verpflichtung zur Gewährleistung wegen physischer Fehler (Mängel) der veräußerten Sache ist von dem Entwurfe im Anschlusse an das gemeine (röm.) Recht geregelt, ohne daß hierdurch die Berücksichtigung der Eigenthümlichkeiten bei der Veräußerung gewisser Arten von Hausthieren ausgeschlossen wird (§§ 399 ff.). Mit dem Anschlusse an das gemeine Recht (vergl. oben S. 211 ff.) befindet sich der Entwurf im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem preuß. A. L. R., dem sächs. G. B. §§ 899 ff., dem schweiz. Bd. Ges. Art. 243 ff., code civil Art. 1603, 1625, 1641 ff., sowie mit den neueren Entwürfen (hess. Entw. Art. 164 ff., bayr. Entw. Art. 317 ff., dresd. Entw. Art. 172 ff.) Im preuß. Rechte (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 317 ff., I, 11 §§ 164 ff.) macht sich die mehrerwähnte Gleichstellung der theilweisen Entwehrung mit der Haftung für den Mangel bedungener oder vorausgesetzter Eigenschaften geltend (siehe auch bayr. Entw. Art. 318).

Haftung aus dem oblig. Rechtsgeschäfte.

Wer sich durch Vertrag zur Veräußerung einer Sache (§ 778) verpflichtet, haftet dem Erwerber dafür, daß die Sache nicht verborgene Mängel hat. Die Haftung ist im obligatorischen Veräußerungsvertrage begründet, sie beruht aber nur auf der Berücksichtigung wichtiger Verkehrsinteressen, und ist insoweit positiven Rechtes. Sie tritt ein ohne Rücksicht auf ein Verschulden desjenigen, welcher sich zur Veräußerung verpflichtete, jedoch nicht mit den Wirkungen eines Garantieversprechens, welches in dieser Ausdehnung nicht angenommen werden kann[1]). Während hiernach auf die Kenntniß des Veräußerers an sich nichts ankommt, ist jede Haftung desselben ausgeschlossen, wenn der Erwerber zur Zeit der Schließung des (obligatorischen) Vertrages den Mangel gekannt hat oder wenn der Mangel ihm nur zufolge seiner groben Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Eine Ausnahme hiervon macht nur der Fall des dolus des Veräußerers, das Verschweigen eines dem Veräußerer bekannten Mangels.

Verborgene Mängel.

Die Haftung des Veräußerers ist auf solche verborgene Mängel der veräußerten Sache beschränkt, welche den Werth oder die Tauglichkeit derselben zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben

[1]) S. §§ 265, 493, 502, 771, 444; §§ 58, 1500; vergl. §§ 505 ff., 529, 532, 551, 568, 569 ff.

oder mindern, wobei jedoch eine unerhebliche Minderung des Werthes oder der Tauglichkeit nicht in Betracht kommt (minima non curat praetor § 381 Abs. 2 Satz 2). Dieser gesetzlichen Haftung für verborgene Mängel steht überall mindestens gleich die Haftung, welche aus der Zusicherung bestimmter Eigenschaften von Seiten des Veräußerers entsteht. Die Zusicherung bestimmter Eigenschaften schließt die Zusicherung, daß gewisse Mängel nicht vorhanden seien, mit ein. Diese Haftung geht jedoch zugleich weiter als die gesetzliche Haftung, indem sie zunächst nach ihrer Natur als Ausfluß eines Garantieversprechens eintritt ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des vorhandenen Mangels (§ 381 Abs. 1, 2)[1]) und ohne Rücksicht darauf, daß der Erwerber bei Anwendung gehöriger Sorgfalt den Mangel hätte kennen müssen (§ 382 Abs. 2), andererseits inhaltlich einen größeren Umfang hat. Die letztere Folge der Zusicherung wird durch weitere Vorschriften geregelt. Zunächst genügt hier die Hinweisung auf die Gleichstellung beider Fälle mit den erwähnten beiden Modifikationen. Zugesicherte Eigenschaften.

Entbehrlich ist die zweifellos richtige, in den Gesetzen vielfach betonte Bestimmung, daß die Zusicherung eine ernste sein müsse, daß allgemeine Anpreisungen der Sache, wie sie im Verkehre üblich sind, nicht als Zusicherung im Sinne des Gesetzes aufzufassen seien, womit der Frage, ob nach den Umständen des Falles eine Haftung wegen Betruges begründet ist, nicht vorgegriffen wird[2]). Ernstlichkeit der Zusicherung.

Die Vorschriften der §§ 381 ff. setzen begrifflich Sachveräußerung voraus. Für andere Verträge ist, soweit nöthig, durch spezielle Bestimmungen gesorgt. Jene Vorschriften gelten aber nicht blos beim Kaufvertrage, sondern bei allen auf Sachveräußerung gerichteten Verträgen, wofern sie nicht unter den Begriff der Schenkung fallen[3]). In Betreff der Verbindlichkeiten aus einseitigem Versprechen (§§ 342, 343) ist zu beobachten, daß hierbei jedenfalls Wandelung und Minderung begriffsmäßig ausgeschlossen sind. Die Entscheidung der Frage, ob und inwiefern der aus einseitigem Versprechen Verpflichtete überhaupt für Mängel haftet, hängt aber wesentlich davon ab, ob er als Schenker erscheint oder nicht; diese Frage läßt nur eine Beantwortung nach den konkreten Umständen zu. Voraussetzung: Sachveräußerung.

Im gemeinen Rechte ist die Gewährleistungspflicht auf die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Mängel beschränkt; ebenso nach dem sächs. G. B. § 900 und dem franz. Rechte. Der Entwurf (§ 381) knüpft die Haftpflicht, gleichmäßig beim Vertrage über Veräußerung einer Spezies, wie bei einem solchen über Veräußerung einer Gattungssache, sowohl in Ansehung zugesicherter Eigenschaften als der verborgenen Mängel an denjenigen Zeitpunkt, mit welchem nach Gesetz oder Uebereinkommen die Gefahr der veräußerten Sache Entscheidender Zeitpunkt.

[1]) Windscheid § 393 Note 5, Eccius I § 85 S. 553; sächs. G. B. § 902; schweiz. Bd. Ges. Art. 243; bayr. Entw. Art. 317, dresd. Entw. Art. 172; code civil Art. 1641; hess. Entw. Art. 164, 165.

[2]) Siehe §§ 265, 493, 502, 771, 444, §§ 58, 1500; vergl. §§ 505 ff., 529, 532, 551, 568, 569.

[3]) Windscheid § 393 Note 2. S. zu § 370 S. 212.

auf den Erwerber übergeht. In gleicher Weise entscheiden die Frage das österr. G. B. §§ 922, 924, der hess. Entw. Art. 164, bayr. Entw. Art. 317, dresd. Entw. Art. 172; das preuß. A. L. R. sieht auf die Zeit der Uebergabe (I, 11 §§ 192 ff., I, 5 § 322, Eccius I S. 102, 504). Kann die Bindung der Haftpflicht an den Zeitpunkt des Gefahrüberganges auch nicht als Folge der bezüglich der Zeit des Gefahrüberganges geltenden Vorschriften bezeichnet werden, so dient sie jedenfalls zur Vereinfachung des Rechtes und zur Abschneidung chikanöser und verwickelter Prozesse. Sie wird auch für die Regel der Intention der Parteien und der Verkehrsanschauung entsprechen, von welchem Gesichtspunkte aus auch eine Reihe deutscher Landesgesetze über die Gewährleistung wegen Viehmängel den Zeitpunkt der Uebergabe als für die Haftpflicht des Verkäufers entscheidend erklärt haben.

Kenntniß des Erwerbers.

Eine Vorschrift darüber, daß der Erwerber beim Abschlusse des Vertrages über die Veräußerung (einer Spezies) die Sache untersuchen müsse, und über die Folgen der Unterlassung solcher Untersuchung (vergl. sächs. G. B. § 905, dresd. Entw. Art. 174 Abs. 4) ist nicht erforderlich. Es genügt die Bestimmung des § 382. Diese entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte (Windscheid § 393 Note 6)[1]). Sie bezieht sich sowohl auf zugesicherte Eigenschaften als auf die in § 381 Abs. 2 bezeichneten Mängel, wie der Entwurf überhaupt mit dem Ausdrucke „Mangel" (§§ 382 ff.) jene beiden Arten von Fehlern bezeichnet. Selbstverständlich ist die Bestimmung des § 382 Abs. 1 von der Anwendung dann ausgeschlossen, wenn die Zusicherung einer Eigenschaft als das Versprechen, die Eigenschaft herzustellen, aufzufassen ist. Auf Grund der Zusicherung haftet der Veräußerer für Beschaffung der Eigenschaft.

Grobfahrlässige Unkenntniß.

Ist dem Erwerber der Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit (§ 144 Abs. 2) unbekannt geblieben, so schadet demselben dieser sonst die Haftung des Veräußerers ausschließende Umstand dann nicht, wenn der Veräußerer das Nichtvorhandensein des Mangels zugesichert oder wenn derselbe den Mangel gekannt und dem Erwerber verschwiegen hat. Nach der allgemeinen Rechtsanschauung gilt im Verkehre allerdings die Regel, daß Jeder aufpassen soll. Diese Pflicht, die Augen offen zu halten, darf aber einerseits nicht so hoch gespannt werden, daß schon eine geringe Fahrlässigkeit des Erwerbers (§ 144 Abs. 1) die Haftpflicht des Veräußerers ausschlösse. Andererseits tritt sie gegenüber besonderen Zusicherungen des Veräußerers sowie im Falle des dolus desselben zurück. Spezielle Bestimmungen für den Fall, daß zur Erkennung des Mangels eine sachverständige Kenntniß und Beurtheilung erforderlich und der Erwerber Sachverständiger ist (dresd. Entw. Art. 174), sind entbehrlich. Es ist lediglich Thatfrage, ob im Einzelfalle, weil der Erwerber Sachverständiger ist, angenommen werden muß, daß ihm der Mangel bei dem Vertragsschlusse bekannt geworden oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Bei Beurtheilung dieser Frage kommt nur der Umstand besonders in Betracht, daß dem Erwerber die betreffende Sachkunde zustand.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 5 §§ 329—331; österr. G. B. § 928; code civil Art. 1642 sächs. G. B. §§ 903, 904, 908; schweiz. Bd. Ges. Art. 245—247; hess. Entw. Art. 165, bayr. Entw. Art. 317, dresd. Entw. Art. 174 Abs. 1.

Für die Beweislast in Ansehung der vom Erwerber behaupteten Mangelhaftigkeit der Leistung enthält die Vorschrift des § 367 Satz 2 die Norm. Gemäß derselben kann auch der Empfänger auf Grund behaupteter Mangelhaftigkeit der Leistung nach Annahme derselben als Erfüllung die ihm obliegende Gegenleistung nicht verweigern, sondern nur die seinerseits zu begründenden Ansprüche geltend machen. Es ist Thatfrage, ob Annahme der als Erfüllung angebotenen Leistung als Erfüllung vorliegt. Beweislast.

§ 383.

Indem der Entwurf in allen Fällen, in welchem die Haftung des Veräußerers wegen Mängel der Sache (§ 381 Abs. 1, 2) begründet ist, dem Erwerber, und nur ihm, das Recht der Wandelung oder der Minderung einräumt (actio redhibitoria, quanti minoris) und beide Rechte zur freien Auswahl stellt, befindet er sich im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte (Windscheid § 393 S. 483 ff., § 395 S. 494; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 325—328, 331; code civil Art. 1644; sächs. G. B. § 909; schweiz. Bd. Ges. Art. 249; hess. Entw. Art. 166, bayr. Entw. Art. 319, dresd. Entw. Art. 175). Ueber die Konstruktion des Rechtes der Wandelung oder Minderung als eines Anspruches giebt die Begründung des § 397 Auskunft. Wandelung und Minderung. a) Wahlrecht.

Mit der Bestimmung des § 383 ist die aus mißverständlicher Auffassung des röm. Rechtes entsprungene Scheidung beider Klagen nach besonderen Anwendungsgebieten, insbesondere die irrige Ansicht abgelehnt, daß nur wegen Hauptfehler redhibitorisch geklagt werden kann[1]); ebenso der Satz des röm. Rechtes, wonach die actio quanti minoris nach richterlichem Ermessen dann zur Aufhebung des Vertrages führen kann, wenn der Mangel so bedeutend ist, daß bei entsprechender Preisminderung ein verhältnißmäßig ganz unbedeutender Theil des Preises übrig bliebe[2]). Insbesondere konnte auch für das bürgerliche Gesetzbuch nicht die Aufnahme der Bestimmung des schweiz. Bd. Ges. Art. 250 in Frage kommen, wonach der Richter nach seinem Ermessen der Umstände auf erhobene Wandelungsklage, anstatt der letzteren stattzugeben, nur auf Minderung erkennen darf. Im preuß. A. L. R. ist die Zulässigkeit der beiden ädilitischen Rechtsmittel davon abhängig gemacht, daß der Veräußerer nicht im Stande ist, dem Fehler abzuhelfen oder die zugesicherte Eigenschaft nachträglich zu gewähren (Entsch. d. R. G. in Civils. XIII Nr. 68 S. 283). Der Entwurf hat diese für die Praxis nicht empfehlenswerthe Beschränkung nicht angenommen. Hiermit ist jedoch nicht ausgesprochen, daß der Veräußerer nicht nach den Umständen des Falles durch Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Erwerbers ausschließen kann. Es wird im Einzelfalle nur zu prüfen sein, ob einem entsprechenden Verlangen nicht die Annahme der Leistung als Erfüllung entgegensteht (§ 367). Eine andere Sache dagegen kann bei dem Vertrage über eine Spezies selbstverständlich nie aufgedrungen oder verlangt werden. Beseitigung des Mangels.

---

[1]) S. übrigens § 388.

[2]) Schweiz. Obligationenrechtsges. Art. 251.

§ 384.

b) Ausübung der Wahl.

Mit der Verweisung auf die §§ 208, 209 Satz 1 spricht der Entwurf für die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung — nur auf diese Rechte bezieht sich die Vorschrift — zunächst aus, daß die Wahl durch die, auch außergerichtlich, vom Erwerber dem Veräußerer gegenüber abgegebene Erklärung geltend gemacht wird, sowie daß die durch die Erklärung vollzogene Wahl zwischen Wandelung und Minderung unwiderruflich ist in dem Sinne, daß der Erwerber auf die nicht gewählte Alternative nicht mehr zurückgreifen kann. Der Entwurf erfordert hiernach zur Ausübung der Wahl oder zur Unwiderruflichkeit derselben nicht Erhebung der Klage oder Geltendmachung der Wandelung oder Minderung im Wege der Einrede seitens des Erwerbers (so z. B. sächs. G. B. §§ 909, 700), wenn auch beide Rechte, um sie der Verjährung zu unterwerfen, als Anspruch konstruirt sind (§ 397). Indem der Entwurf die getroffene Wahl, ob sie auf Minderung oder auf Wandelung gefallen, für unwiderruflich erklärt, weicht er vom preuß. Rechte ab, nach welchem durch die Erklärung des Erwerbers, vom Vertrage zurückzutreten und Redhibition zu fordern, der Rückgriff auf die Preisminderung nicht ausgeschlossen wird (A. L. R. I, 5 §§ 327, 328, Förster-Eccius S. 572 Note 70; Entsch. des vormaligen R. O. H. G. XII Nr. 48, XXIV Nr. 24), was aber damit zusammenhängt, daß das preuß. Recht abweichend von dem Entwurfe (§ 387 verbunden mit §§ 427, 429, 430) die Rückgabe der Sache unter allen Umständen als Voraussetzung der Redhibition erklärt. Die zweifelhafte und bestrittene Frage, ob mit der vom Erwerber ausgesprochenen Wahl der Wandelung sofort auch der Veräußerer berechtigt werde, seinerseits auf Ausführung der Wandelung zu bestehen oder ob der Veräußerer dieses Recht etwa erst erlange, wenn der Erwerber die Wandelung im Wege der Klage oder Einrede geltend gemacht hat, überläßt der Entwurf mit der bestehenden Gesetzgebung der Wissenschaft und Praxis zur Entscheidung. Die Konstruktion des Rechtes als eines Anspruches kann bei der Beantwortung nicht ohne Einfluß bleiben.

Unwiderruflichkeit.

Recht des Veräußerers auf Durchführung der Wandelung.

§ 385.

Schadensersatzanspruch, bei Mangel einer zugesicherten Eigenschaft,

Der Entwurf gewährt dem Erwerber in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte neben dem Rechte der Wandelung oder Minderung den Anspruch auf Schadensersatz, einmal, wenn eine zugesicherte Eigenschaft zur Zeit der Schließung des Vertrages nicht vorhanden war. Diese Schadensersatzpflicht ist, wie im gemeinen Rechte (Windscheid § 393), im franz. Rechte, im sächs. G. B. § 922, nach dem hess. Entw. Art. 174 und dresd. Entw. Art. 187, von einem Verschulden desselben unabhängig. Hierin weicht der Entwurf mit diesen Rechten von dem preuß. A. L. R. I, 5 §§ 320, 285—291, dem österr. G. B. § 932 und vom bayr. Entw. Art. 328 (vergl. auch schweiz. Ges. Art. 253) ab. In der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft kann jedoch nichts Anderes als die Uebernahme der Garantie für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen gefunden werden, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft fehlte. Modifizirend greift die Vorschrift des § 382 Abs. 1 ein, nach welchem die Kenntniß des Erwerbers von dem Fehlen der

Eigenschaft schon den geringeren Anspruch auf Wandelung oder Minderung ausschließt. Die Haftung beschränkt sich auf die Zeit der Schließung des Vertrages. Die Garantie ist nicht in dem ausgedehnten Sinne verstanden, daß die Eigenschaft auch noch zu der Zeit, wo die Gefahr auf den Erwerber übergeht, vorhanden sein müsse. War zur Zeit des Vertragsschlusses die zugesicherte Eigenschaft vorhanden und fiel sie nachher weg, oder war zu jener Zeit der Mangel nicht vorhanden, trat aber nachher ein, so kann der Veräußerer nicht aus § 385 auf das Interesse in Anspruch genommen werden. Es kommt dann in Frage, inwieweit er nach anderen Grundsätzen Veränderungen der Sache zu vertreten hat. Das Versprechen, eine Eigenschaft herzustellen, hat seine selbständigen Wirkungen. Außerdem gewährt der Entwurf dem Erwerber neben dem Rechte auf Wandelung oder Minderung den Anspruch auf Schadensersatz für den Fall, wenn der Veräußerer einen zur Zeit der Schließung des Vertrages schon vorhanden gewesenen und ihm damals bekannten Mangel (§ 381 Abs. 2) dem Erwerber (wissentlich) verschwiegen hat, und zwar auch in diesem Falle den Anspruch auf das (positive) Erfüllungsinteresse. Wenn auch der in Betracht kommende dolus sich als ein dolus causam dans karakterisirt oder diesem doch gleichsteht und ein solcher dolus dem Betrogenen das Recht giebt, den Vertrag anzufechten mit der Wirkung, daß er den Ersatz des negativen Interesses zu fordern befugt ist (§§ 103, 112), so zieht der Entwurf doch mit dem geltenden Rechte hier nicht die Konsequenz, daß der Erwerber auf das negative Interesse beschränkt sei. Das dem geltenden Rechte augenscheinlich zu Grunde liegende Bedürfniß, den unredlichen Veräußerer in dem in Frage stehenden Falle wegen dessen hervorragender Wichtigkeit im Interesse thunlichster Sicherung des Verkehres mit empfindlichen Nachtheilen zu bedrohen, verdient volle Beachtung. Der Anspruch geht hiernach in den Fällen des § 385 immer auf das Erfüllungsinteresse, wie es sich in concreto aus der Zusicherung oder dem dolus des Veräußerers und aus dem Mangel ergiebt. Auch die Haftung wegen dolus aus § 385 bezieht sich auf die Zeit der Schließung des Vertrages (vergl. aber § 398 Abs. 3). *bei dolus des Veräußerers.*

Aus §§ 383, 385 folgt weiter, daß der Erwerber im Falle bloßer Fehlerhaftigkeit im Sinne des § 381 Abs. 2, ohne Mitunterlaufen eines dolus des Veräußerers, wie nach gemeinem Rechte, auf die ädilitischen Rechtsmittel beschränkt ist.

§ 386.

Vorbehaltslose Annahme bei Kenntniß des Mangels. Wenn der Empfänger eine ihm zum Zwecke der Erfüllung angebotene Sache von mangelhafter Beschaffenheit ohne Vorbehalt annimmt, obschon er von den Mängeln unterrichtet ist, so kann in einem solchen Verhalten nur der Verzicht auf Wandelung oder Minderung bezw. auf Schadensersatz (§§ 383, 385) gefunden werden (Eccius I § 85 Nr. VIII). Diese Ansprüche später noch geltend zu machen, würde gegen Treue und Glauben verstoßen. Das Interesse des Verkehres erheischt, für den gedachten Fall die nachträgliche Verfolgung jener Rechte positiv auszuschließen. Welcher Umstand die wirkliche Kenntniß des Erwerbers von der Mangelhaftigkeit der angenommenen Sache vermittelte, ist hierbei gleichgültig. Noch weiter zu gehen und die in § 386 ausgesprochene Rechtsfolge schon dann eintreten zu

lassen, wenn der Empfänger den Mangel kennen, bezw. erkennen mußte (Windscheid § 394 Note 29; preuß. A. L. R. I, 5 § 330), ist, auch wenn kein dictum et promissum vorausging, weder aus inneren Gründen gerechtfertigt, noch für den bürgerlichen Verkehr, im Gegensatze zum Handelsverkehre, durch praktische Rücksichten geboten. Die Sachlage ist bei Annahme der veräußerten Sache eine wesentlich andere, als bei dem Abschlusse des obligatorischen Vertrages (§ 382 Abs. 2). Der Entwurf legt auch dem Empfänger nicht die Pflicht auf, die Beschaffenheit der empfangenen Sache zu prüfen oder dem Veräußerer von den entdeckten Mängeln unverzüglich Anzeige zu machen (schweiz. Bd. Ges. Art. 246, 247; vergl. H. G. B. Art. 347). Selbstverständlich ist hierdurch nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfalle nach den Umständen aus der Unterlassung der möglichen Untersuchung bezw. der Rüge der Schluß auf den Verzicht des Empfängers auf seine Rechte (§§ 383, 385) gerechtfertigt sein mag.

§ 387.

I. Wandelung. Der Entwurf gestaltet das Recht der Wandelung wesentlich im Anschlusse an die Vorschriften des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes. Hierdurch ist in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte vor Allem ausgesprochen, daß die an die Wandelung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien unmittelbar und nicht erst durch ein sich anschließendes Rechtsgeschäft oder Urtheil hervorgerufen und die Vertragschließenden unter einander obligatorisch so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre (§ 427). Rückgewährpflicht. Hiernach bedurfte es nur noch weniger Bestimmungen über die beiden Theilen in Konsequenz des Prinzipes gegen einander obliegenden Leistungen (vergl. sächs. G. B. §§ 912—913, code civil Art. 1644, 1646, schweiz. Bd. Ges. Art. 253, hess. Entw. Art. 172, 173, bayr. Entw. 326, 327, dresd. Entw. Art. 182).

Im Einzelnen ist zu bemerken:

Nutzungen. Im preuß. Rechte ist der Redhibent insofern günstiger gestellt, als er wegen der genossenen Früchte „und auch sonst überall" als redlicher Besitzer angesehen werden soll (A. L. R. I, 5 §§ 337, 338). Dies widerspricht dem mit der sonstigen Gesetzgebung auch in dieser Richtung festzuhaltenden prinzipiellen Wesen und Zwecke der Wandelung, durch welche der Erwerber in die Lage gebracht werden soll, als hätte er sich auf den Vertrag nicht eingelassen (Eccius I S. 510). Der Entwurf bestimmt aber nicht, daß der rückgabepflichtige Kontrahent die Sache (außer mit Zinsen und Nutzungen) auch mit sonstigem Gewinne herausgeben müsse (sächs. G. B. § 912, dresd. Entw. Art. 182, 168). Dies könnte zu weit führen. In Betracht kann nur derjenige Gewinn kommen, welcher aus der Sache selbst gezogen worden (lucrum ex re) und unter den Begriff der Früchte und Nutzungen fällt, wie z. B. die Ausbeute aus einem Bergwerke, einem Torfstiche und dergl. (s. §§ 792, 793). Insoweit fällt die Pflicht zur Herausgabe des Gewinnes unter die Vorschrift des § 427. — Durch das Prinzip ist auch die in der Gesetzgebung zum Theil sich findende Bestimmung, Befreiung von Verpflichtungen. daß Jeder den anderen Theil von den in Folge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien habe, soweit sie richtig ist, gedeckt.

Bezüglich der Rechte des zur Zurückgabe Verpflichteten wegen Verwendungen auf die zurückzugebende Sache (§ 427 Abs. 3; vergl. preuß. A. L. R. I, 5 § 337, sächs. G. B. § 913, hess. Entw. Art. 172 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 326 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 183, 168) ist auf die Vorschriften der §§ 936 ff. zu verweisen. Verwendungen.

Abweichend vom gemeinen Rechte erhebt das preuß. A. L. R. I, 5 §§ 327, 328 die Zurückgabe der Sache durch den Erwerber in dem Stande, wie er sie empfangen, für alle Fälle zur Bedingung der Wandelung, dergestalt, daß selbst zufälliger Untergang der Sache vor dem Rücktritte, wenn er nicht die Folge des Fehlers selbst ist, die Wandelung ausschließt. In gleicher Weise bestimmt der code civil Art. 1647 und der bayr. Entw. Art. 323, 324. Der Entwurf legt dagegen mit dem gemeinen Rechte (Windscheid § 394 Nr. 2), mit dem sächs. G. B. § 918, dem schweiz. Bd. Ges. Art. 254, dem hess. Entw. Art. 175 und dem dresd. Entw. Art. 183, 184 den casus interitus und deteriorationis dem Veräußerer zur Last (§§ 427, 429, 430). Nur auf diese Weise wird man dem Prinzipe der Wandelung gerecht. Dieser Standpunkt kann zwar unter Umständen zu anscheinenden Härten führen; hierauf darf aber kein zu großes Gewicht gelegt werden. Der andere Standpunkt führt, insofern er nöthigt, die Fälle, in denen die Sache in Folge eines vom Veräußerer zu vertretenden Mangels verschlechtert oder untergegangen ist, anders zu beurtheilen, erfahrungsgemäß nicht selten zu schwer zu lösenden Streitigkeiten, ob die Sache durch Zufall oder nur in Folge eines zu vertretenden Mangels verschlechtert oder untergegangen ist, und benachtheiligt dadurch den Erwerber. Daß der Erwerber das, was er von der vielleicht nicht ganz untergegangenen oder abhanden gekommenen Sache noch hat, dem Veräußerer herausgeben muß, ergiebt sich aus der Vorschrift des § 427 ebenso, wie daß er demselben dasjenige, was zufolge des zufälligen Umstandes, welcher ihm die Rückgabe unmöglich macht, in sein Vermögen gelangt ist, dem Veräußerer herausgeben muß (arg. § 238). Gefahr.

Das Recht der Wandelung findet nicht statt in den in § 430 Nr. 1—3 bezeichneten Fällen. Dem Erwerber, wenn er den Verlust der Sache absichtlich oder durch Unachtsamkeit herbeigeführt hat, auch das Recht der Minderung abzusprechen (bayr. Entw. Art 325), liegt kein Grund vor. Nach gemeinem Rechte findet umgekehrt die Wandelung selbst dann statt, wenn der Erwerber durch seine Schuld den Untergang oder das Abhandenkommen der veräußerten Sache herbeigeführt hätte; er muß aber dem Veräußerer Ersatz des Werthes leisten (Windscheid a. a. O.). Der Entwurf weicht mit der modernen Gesetzgebung hierin vom gemeinen Rechte ab. Der Untergang der Sache ruft eine weit eingreifendere Aenderung der Lage der Dinge hervor, als die bloße Verschlechterung (§ 427 Abs. 2); die Ermittelung des zu vergütenden Werthes führt überdies zu mißlichen Schwierigkeiten. — Die Bestimmung des § 430 Nr. 3 wird modifizirt durch diejenige des § 387 Nr. 2. Die Spezifikation ist dem Untergange der Sache oder einer die Rückgabe ausschließenden Verfügung über dieselbe an sich gleichzustellen. Hat sie der Erwerber bewirkt, so hat er das Recht der Wandelung verloren. Eine Ausnahme muß aber gelten, wenn der Mangel erst bei der Spezifikation sich gezeigt hat. Aus dem Prinzipe und der Vorschrift des § 238 folgt von selbst, daß der Erwerber Ausschließung der Wandelung.

solchenfalls dem Veräußerer herauszugeben hat, was in Folge der Spezifikation in sein Vermögen gekommen ist, also entweder die neue Sache gegen Vergütung der Spezifikationskosten oder den Vermögensvortheil, welcher sich ergiebt, wenn er die neue Sache behält.

Vertragskosten.

Nach § 387, welcher die Eigenthümlichkeiten des durch Wandelung vollzogenen Rücktrittes gegenüber dem vertragsmäßigen Rücktrittsrechte (§ 427) bestimmt, hat der Veräußerer dem Erwerber auch die Vertragskosten zu ersetzen. Auch dies entspricht dem geltenden Rechte (sächs. G. B. § 913, hess. Entw. Art. 172, dresd. Entw. Art. 168).

Rückgewähr Zug um Zug.

Auch die auf die Wandelung anwendbare Vorschrift des § 428, wonach die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug zu erfüllen sind, entspricht dem geltenden Rechte, jedenfalls der Praxis (Siebenhaar zum sächs. G. B. § 912, Gruchot II S. 322, vergl. Sintenis, Civilr. II § 116 S. 615). Es erschien im Interesse der gleichmäßigen Rechtsanwendung angemessen, die Vorschrift in das Gesetzbuch aufzunehmen, insbesondere auch bei der Gleichheit der Verhältnisse die Vorschriften der §§ 364, 365 für entsprechend anwendbar zu erklären.

Untheilbark. des Rechtes.

Die für die Untheilbarkeit des Rücktrittsrechtes (§ 433) maßgebenden Gründe treffen endlich für die Wandelung ganz besonders zu (sächs. G. B. § 910, hess. Entw. Art. 171).

Durch die Sache verursachter Schaden.

Der für das gemeine Recht aufgestellte Satz, daß der Veräußerer durch die Wandelung verpflichtet werde, dem Erwerber den diesem durch die Sache verursachten Schaden zu ersetzen (Windscheid a. a. O.) ist zwar auch in einige moderne Gesetze (sächs. G. B. § 913, schweiz. Bd. Ges. Art. 253) übergegangen. In der Praxis wird jedoch diese Richtung des Anspruches aus der Wandelung keineswegs allgemein anerkannt, wie auch die Begründung des Satzes für das röm. Recht nicht zweifelfrei ist. Das geltende Recht verhält sich überwiegend ablehnend gegen den Satz, mindestens für die Fälle, in welchen dem Veräußerer kein Verschulden zur Last fällt[1]). Eine Vorschrift des angegebenen Inhaltes muß zu großen Unbilligkeiten führen, und wäre ohne positive, und darum mißliche, Beschränkungen nicht durchzuführen; mißlich wäre insbesondere die dem Veräußerer beizulegende Befugniß, sich durch Preisgebung der Sache von der Schadensersatzpflicht frei zu machen (Windscheid § 393 Note 20). Schuldfreiheit des Veräußerers vorausgesetzt, ist es immer hart, diesen zu verpflichten, den fraglichen Schaden zu ersetzen, obschon er weder eine Eigenschaft zugesichert, noch einen Mangel verhehlt hat.

§ 388.

Haftung für zugesicherte Größe

In § 388 regelt der Entwurf die bei Grundstücksveräußerungen häufig auftauchende Frage, in welcher Weise Abmängel an der Größe (am Maße) des Grundstückes vertreten werden müssen, nach dem einfachen Gesichtspunkte, daß Zusicherung einer bestimmten Größe des Grundstückes als Zusicherung

---

[1]) Für das preuß. Recht siehe Eccius I § 85 S. 510, 511; Entsch. des vorm. R. O. H. G. III Nr. 80 S. 385 ff.

einer Eigenschaft des Grundstückes (§ 381) gilt und die Vorschriften über die Gewährleistung einer zugesicherten Eigenschaft der veräußerten Sache mit der einzigen Abweichung in Betreff der Zulässigkeit der Wandelung für anwendbar erklärt werden[1]).

Das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 207 ff. enthält Bestimmungen darüber, inwieweit der Verkäufer einer Sache überhaupt Angaben über ein bestimmtes Maß, Gewicht oder eine gewisse Zahl zu vertreten habe. In den Vordergrund ist vom Standpunkte der Unvollständigkeit der Leistung aus die Verpflichtung zur Nachlieferung gestellt. Eigenthümlich ist die Vorschrift, daß, wenn der Käufer die geringere Sache einmal angenommen hat, nicht mehr gewandelt, sondern nur Ersatz des Fehlenden verlangt werden kann. Für die Vertretungsabsicht wird eine Vermuthung aufgestellt. Für solche besonderen Vorschriften, betreffend die Pflicht der Vertretung von Quantitätsangaben bei Sachveräußerungen überhaupt, besteht kein Bedürfniß. Die allgemeinen Grundsätze sind, soweit es sich nicht um Grundstücke handelt, vollkommen ausreichend. Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Abmangel an der Quantität, insbesondere am Maße oder Gewichte nach den Umständen des Falles rechtlich als ein Mangel im Sinne des § 381 Abs. 1, 2 erscheinen kann und demgemäß die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache Anwendung finden. Dagegen darf der praktisch wichtige Fall, wenn ein Grundstück unter Angabe eines bestimmten Flächengehaltes verkauft wird, im Gesetzbuche nicht übergangen werden. Wenn das Gesetz sich schweigend verhielte, so ließe sich immerhin in Zweifel ziehen, nicht nur, wie im Einzelfalle die Angabe des Flächengehaltes rechtlich aufzufassen ist, sondern ob, wenn der bestimmte Flächengehalt als zugesichert erscheint, hierin die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 381 liege. Verschiedene Beurtheilung in der Praxis wäre unausbleiblich. Abgesehen von den Quellen des gemeinen Rechtes (vergl. Windscheid § 389 Nr. 13) finden sich diesfalls auch im geltenden Rechte besondere Bestimmungen, einerseits im sächs. G. B. § 1097 und im dresd. Entw. Art. 437, 438, andererseits im code civil Art. 1617—1623 (vergl. hess. Entw. IV, 2 Art. 12—17, bayr. Entw. Art. 287—291), je in verschiedener Weise. Der Entwurf schließt sich im Wesentlichen dem sächs. G. B. und dem dresd. Entw. an, indem er die Vorschrift nicht blos für Kaufverträge, sondern für alle auf Veräußerung gerichteten Verträge in einer entsprechenden allgemeinen Fassung in den Abschnitt über Gewährleistung wegen Mängel stellt. Im sächs. G. B. und im dresd. Entw., wie häufig in der Theorie, ist die Voraussetzung der Haftung des Verkäufers dahin bestimmt, daß die Angabe des Flächengehaltes nicht blos zur Bezeichnung des Grundstückes erfolgte. Die wichtige Frage, ob in der Angabe des Flächengehaltes eine Zusicherung zu finden, bleibt jedoch am besten dem Richter zur Entscheidung im einzelnen Falle überlassen. Jede Aufstellung einer Vermuthung oder Interpretationsregel muß zu Uebelständen führen. Die Angabe des Flächengehaltes hat nach den Gewohnheiten verschiedener Gegenden verschiedene Bedeutung, in welcher Beziehung insbesondere der herkömmliche oder

a) bei bewegl. Sachen,

b) bei Grundstücken.

---

[1]) Vergl. § 505 Abs. 2.

mitunter auch der Ordnung halber vorgeschriebene Verkauf auf Grund von Katasterauszügen oder unter katastermäßiger Bezeichnung zu würdigen ist. Ist im Einzelfalle eine Zusicherung als gegeben anzusehen, so hat der Veräußerer aus derselben für das angegebene Maß einzustehen. Die beschränkende Bestimmung des § 381 Abs. 2 Satz 2 gilt deshalb an sich nicht. Im Hinblicke auf die Unzuverlässigkeit der meisten Grundstücksvermessungen versteht es sich aber von selbst, daß der Käufer die genaueste Uebereinstimmung des wirklichen mit dem im Vertrage angegebenen Flächeninhalte regelmäßig nicht verlangen kann, wofern es nicht im Einzelfalle, wie z. B. vielfach beim Verkaufe von Bauplätzen in großen Städten, genau auf das Maß ankommt. — Dem Erwerber steht zufolge der Garantie des Veräußerers beim Fehlen des zugesicherten Maßes nach seiner Wahl das Recht der Wandelung oder der Minderung (§§ 383, 384), daneben nach Maßgabe des § 385 der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Die Wahl zwischen dem Rechte der Wandelung und dem Rechte der Minderung ist jedoch dahin beschränkt, daß ersteres dem Erwerber nur dann zusteht, wenn wegen Erheblichkeit des Mangels anzunehmen ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Erwerber kein Interesse habe (§ 369 Abs. 1 Satz 2; vergl. sächs. G. B., dresd. Entw. a. a. O.). Auch der code civil, der hess. und der bayr. Entw. gewähren dem Erwerber das Rücktrittsrecht, jedoch nach einem durchaus positiven und willkürlichen Momente, wenn nämlich die Differenz zwischen dem zugesicherten und dem wirklich vorhandenen Flächenmaße ein Zwanzigtheil übersteigt. Die Beschränkung des Wandelungsrechtes ist durch praktische Zweckmäßigkeitsgründe geboten, weil die Auflösung des Vertrages meist zu großen Weiterungen und Verwickelungen führt. Im Uebrigen finden sämmtliche Bestimmungen über die Mängelgewährpflicht unbeschränkt Anwendung, darunter also auch diejenige des § 386 über die Folgen vorbehaltloser Annahme bei Kenntniß des Mangels, über die verhältnißmäßige Minderung der Gegenleistung (§ 392), über die Verjährung (§ 397; code civil Art. 1622, hess. Entw. Art. 17, bayr. Entw. Art. 291, dresd. Entw. Art. 438).

Einschränkung des Rechtes auf Wandelung.

Inbegriff von Grundstücken.

Was hiernach in § 388 für die Veräußerung eines Grundstückes vorgeschrieben ist, gilt auch bei der Veräußerung eines Inbegriffes von Grundstücken (hess. Entw., bayr. Entw., dresd. Entw.), ohne daß es nöthig wäre, dies besonders auszusprechen. In einem solchen Falle sind die als ein Ganzes zusammengefaßten Grundstücke für die Anwendung des Gesetzes ohne Zweifel in der Regel als ein Grundstück anzusehen. Die Bestimmungen des code civil Art. 1623, des hess. Entw. Art. 15, bayr. Entw. Art. 290, wonach, wenn mehrere Grundstücke um einen Gesammtpreis verkauft werden, der Mangel am Flächengehalte eines der Grundstücke nur insoweit in Betracht komme, als derselbe nicht durch den Mehrgehalt der anderen Grundstücke dem Werthe nach ausgeglichen werde, sind willkürlich und kasuistisch. Sie berücksichtigen nicht den verschiedenen Werth, welchen die einzelnen Grundstücke nach ihrer Bonität an sich und ihrer Kulturart und speziell für den Erwerber haben können, führen also auch zu einem ungerechtfertigten Zwange. Andererseits steht nichts im Wege, daß der Richter bei der Preisminderung gemäß der Bestimmung in § 392, wie bei der Erwägung der Frage, ob der Erwerber an der Erfüllung

des Vertrages kein Interesse habe, unter Umständen auch bei der Abwägung des Schadensersatzes das über die Zusage hinausgehende höhere Maß der anderen Grundstücke in Anschlag bringt.

Der Fall endlich, wenn das verkaufte Grundstück einen größeren Flächengehalt, als den angegebenen, hat, bedarf keiner Entscheidung im Gesetze (vergl. sächs. G. B. a. a. O., code civil Art. 1618, hess. Entw. Art. 13, bayr. Entw. Art. 289). Die Entscheidung ist an der Hand allgemeiner Grundsätze je nach den Umständen des Falles zu finden. Zu positivem Eingreifen ist kein Anlaß.

§§ 389—391.

Wandelung bei Veräußerung mehrerer Sachen,

Für den Fall, daß ein Vertrag auf die Veräußerung mehrerer Sachen gerichtet ist, wird als Grundsatz aufgestellt, daß die Wandelung nur in Ansehung der einzelnen Sachen auf Grund der ihnen anhaftenden Mängel stattfindet (§ 389 Abs. 1). Ist jedoch der Vertrag über die mehreren Sachen als zusammengehörende geschlossen, so kann eine Modifikation des ersten Satzes dahin eintreten, daß die mehreren Sachen in Ansehung des Rechtes der Wandelung gewissermaßen als eine Sache gelten (§ 389 Abs. 2). Beides entspricht dem geltenden Rechte[1]). Es fragt sich aber, wie die Voraussetzungen jener Modifikation zu bestimmen sind. Zunächst weist der Entwurf die Bestimmung einer Gesammtgegenleistung des Erwerbers als dasjenige Moment, welches entscheiden soll, zurück, da aus dieser Bestimmung allein eine Zusammengehörigkeit der Sachen im Sinne der Vertragschließenden nicht gefolgert werden kann. Die Vorschrift des Entwurfes ist auch nicht, wie dies in manchen Gesetzen geschehen ist, darauf gestellt, daß eine sog. Gesammtsache (Sachgesammtheit, Inbegriff) den Gegenstand des Vertrages bildet oder die mehreren Sachen als solche Sachen bezeichnet sind; denn solche Bezeichnungen sind mehr oder weniger zufällig und lassen nicht den sicheren Schluß zu, daß die Vertragschließenden auf das Zusammenbleiben aller Sachen besonderen Werth legen. Rathsamer ist es, ohne Beschränkung durch Aufstellung positiver Merkmale allgemein der Behandlung der Sachen als zusammengehörende durch die Vertragschließenden in Verbindung mit dem Umstande, daß ein berechtigtes Interesse der Vertragschließenden entgegensteht, die entscheidende Bedeutung beizulegen. Wenn nicht eine auf die Art der Wandelung bezügliche Vereinbarung getroffen ist, so müssen die beiden bezeichneten Momente zusammentreffen. Denn es giebt ebenso gut Fälle, in welchen nach dem muthmaßlichen Willen der Vertragschließenden trotz der Behandlung der Sachen als zusammengehörende in dem Abgange einzelner Sachen kein Grund gefunden werden kann, den ganzen Vertrag aufzuheben, z. B. wenn eine Bibliothek veräußert ist und einzelne Stücke derselben mangelhaft sind, wie andererseits das Interesse eines oder aller Vertragschließenden allein niemals über die Bedeutung des Vertrages entscheiden kann. In der

als zusammengehörende.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 5 §§ 339—342; sächs. G. B. §§ 915, 916; schweiz. Bd. Ges. Art. 255; hess. Entw. Art. 167, 169, bayr. Entw. Art. 321, dresd. Entw. Art. 177, 178; Windscheid § 394 Note 13.

Ausdehnung der Wandelung auf alle einzelnen, auch die mangelfreien Sachen, sind billiger Weise die beiden Vertragschließenden gleichzustellen. Der Erwerber soll nur dann das Recht der Wandelung haben, wenn es sein Interesse erfordert; er soll aber, während er im Allgemeinen sich auf die Wandelung in Ansehung der mangelhaften Stücke beschränken kann, das Recht der Wandelung nur in Ansehung aller Stücke haben, wenn die Trennung ohne Benachtheiligung des Veräußerers nicht möglich ist.

Haupt- und Nebensachen.

Die Vorschrift des § 390 könnte selbstverständlich erscheinen. Nach dem Vorgange des sächs. G. B. § 917, des schweiz. Bd. Ges. Art. 256, sowie der neuen Entwürfe (hess. Entw. Art. 168, bayr. Entw. Art. 322, dresd. Entw. Art. 179) ist sie aufgenommen. Sie dient jedenfalls zur Verdeutlichung des Gesetzes.

Herabsetzung der Gesammtleistung.

Das Gleiche gilt von der Vorschrift des § 391 (Windscheid § 394 Note 14, dresd. Entw. Art. 180).

§§ 392, 393.

II. Minderung. Berechnung

Für den Fall der Minderung der Gegenleistung enthalten die neueren Gesetze und Entwürfe[1]) über die Berechnung der Minderung entsprechend dem in der Theorie bestehenden Streite (Dernburg II § 144 Note 25) verschiedene Dispositionen, indem die einen das sog. absolute Prinzip aufstellen, andere die verhältnißmäßige Berechnung der Minderung vorschreiben. Die Bedeutung der einschlagenden Vorschriften des preuß. A. L. R. ist bestritten. Der code civil stellt die Bestimmung der Minderung des Preises lediglich dem Urtheile Sachverständiger anheim. Der Entwurf spricht sich mit dem dresd. Entw. klar für die auch in der Praxis vorwiegend als richtig befolgte Ansicht aus, wonach die Minderung der bedungenen Gegenleistung oder, wenn nach der Natur derselben eine Theilleistung ausgeschlossen ist, des Werthbetrages derselben nach dem Verhältnisse des Werthes der fehlerfreien Sache zu dem

nach relativem Prinzipe.

Werthe der fehlerhaften Sache zu mindern ist (relatives Prinzip). Bei dieser Werthvergleichung ist die Zeit der Schließung des Vertrages zu Grunde zu legen[2]). Um den so gefundenen Betrag mindert sich die schuldige Gegenleistung, bezw. sie ist in diesem Betrage dem Erwerber von dem Veräußerer zu erstatten. Dieser Anspruch auf Preisminderung ist ein selbständiger und geht deshalb nicht verloren dadurch, daß der Erwerber die mangelhafte Sache mit noch so großem Gewinne weiter veräußert[3]).

Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 schließt sich derjenigen des § 391 an. Der § 393 enthält einen eigentlich selbstverständlichen Vorbehalt[4]).

Entdeckter weiterer Mangel.

Nach dem in § 392 vorgeschriebenen relativen Prinzipe kann der Fall, daß die Minderung der Gegenleistung, z. B. bei wiederholter Minderung, den

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 5 § 328; code civil Art. 1644; sächs. G. B. §§ 919, 921; schweiz. Bd. Ges. Art. 249, 251; hess. Entw. Art. 176, 177, bayr. Entw. Art. 329, dresd. Entw. Art. 185.

[2]) Entsch. des vorm. R. O. H. G. XV Nr. 93; Seuffert's Archiv XXX Nr. 239.

[3]) Windscheid § 394 Nr. 1; Seuffert's Archiv XXXIII Nr. 116.

[4]) Eccius I § 85 S. 512; sächs. G. B. § 920, 921; schweiz. Bd. Ges. Art. 251; hess. Entw. Art. 177, bayr. Entw. Art. 33, dresd. Entw. Art. 186.

Betrag der Gegenleistung übersteigt, nie vorkommen. Der Fall aber, daß die Ermäßigung den Betrag der Gegenleistung erreichte, könnte nur dann vorkommen, wenn die Sache ganz werthlos geworden ist. Für den ersten Fall bedarf es also keiner Bestimmung; im zweiten Falle aber wäre eine Bestimmung, welche nur die Wandelung zuließe oder dem Veräußerer freistellte, dieselbe zu verlangen, um so zweckloser, als der Erwerber sie dadurch zu vereiteln vermöchte, daß er einen Minderungsanspruch erhebt, welcher von der ihm obliegenden Leistung einen minimalen Betrag übrig läßt. Verlangt der Erwerber wegen eines erst später entdeckten Mangels die Wandelung, so muß zweifellos gemäß dem der Wandelung zu Grunde liegenden Prinzipe (§ 427) die in Folge einer früheren Minderung wegen eines anderen Mangels erlangte Ermäßigung seiner Gegenleistung berücksichtigt werden.

§ 394.

Mehrere Erwerber oder Veräußerer.

Sind mehrere Veräußerer oder mehrere Erwerber vorhanden, oder ist der Veräußerer oder Erwerber von Mehreren beerbt, so kann gemäß der durch die Vorschrift des § 433 festgestellten Untheilbarkeit des Rücktrittsrechtes die Wandelung nur von Allen und gegen Alle geltend gemacht werden (§ 387). Hiernach ist zugleich entschieden, daß, wenn von einem Erwerber (Erben) oder gegen einen Veräußerer (Erben) wegen eines Mangels der veräußerten Sache das Minderungsrecht ausgeübt wird, das Wandelungsrecht für Alle ausgeschlossen ist. Auf das Minderungsrecht treffen die Gründe, welche zu der Vorschrift des § 433 geführt haben, nicht zu. Die Minderung kann nach allgemeinen Grundsätzen (§ 320) von jedem und gegen jeden Einzelnen zu seinem Antheile verlangt werden (sächs. G. B. § 910; dagegen bayr. Entw. Art. 320).

§ 395.

Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung.

Der Entwurf spricht in allen Fällen, in denen auf Betreiben eines Gläubigers eine Sache im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird[1]), dem Erwerber das Recht auf Gewährleistung wegen Mängel schlechthin sowohl gegenüber dem Schuldner bezw. Eigenthümer als gegenüber dem betreibenden Gläubiger ab, wenn auch nicht im Sinne einer absoluten, anderweiter Vereinbarung (§ 396) entzogenen Norm. Auch die im Einzelfalle etwa begründete Haftung wegen Betruges wird hierdurch nicht berührt. Ebenso bestimmen das sächs. G. B. § 950, der bayr. Entw. Art. 332, dresd. Entw. Art. 189; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 344, 213. Zu weit geht der code civil Art. 1649, wenn er den Anspruch auf Wandelung oder Preisminderung bei allen unter gerichtlicher Autorität geschehenen Verkäufen untersagt. Das bei solchen Verkäufen hervortretende Bedürfniß kann auf dem Wege des § 396 befriedigt werden. Die Vorschrift des Entwurfes beruht auf der nothwendigen Berücksichtigung der Stellung des Schuldners wie des betreibenden Gläubigers bei Veräußerungen

[1]) Also z. B. nicht im Falle der Zwangsversteigerung im Theilungsverfahren § 769; vergl. dagegen § 1169 Abs. 2.

im Wege der Zwangsvollstreckung und entspricht jedenfalls für die Regel der Intention sämmtlicher Betheiligten. § 395 findet selbstverständlich auch Anwendung, wenn die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung auf Betreiben des Konkursverwalters erfolgt, da der letztere hierbei in Vertretung der Gläubiger handelt.

§ 396.

Ausschließung 2c. der Mängelgewähr durch Vertrag.

Die Vorschrift des § 396 entspricht dem überall geltenden Rechte (Windscheid § 393 Note 3; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 318, 348, I, 11 §§ 137, 138; code civil Art. 1643; sächs. G. B. § 947; schweiz. Bd. Ges. Art. 244; hess. Entw. Art. 180, dresd. Entw. Art. 190; H. G. B. Art. 350; vergl. §§ 380, 225). Daß die betreffenden Vereinbarungen sowohl bei Abschluß des Vertrages als nachher, sowohl ausdrücklich als stillschweigend getroffen werden können, braucht im Gesetze nicht ausgedrückt zu werden. Auslegungsregeln in Ansehung gewisser Fälle stillschweigenden Erlasses der Haftung sind überflüssig. In diesem Sinne ist auch die Aufnahme von Vorschriften über die Mängelgewähr bei dem Kaufe in Pausch und Bogen und bei gewagten Geschäften unterblieben[1]). Inwieweit im Falle der Zusicherung gewisser Eigenschaften ein Erlaß oder eine Beschränkung der Haftpflicht mit der Zusicherung sich vertragen, ist Thatfrage.

§ 397.

Verjährung.

Das Recht auf Wandelung und Minderung ist im geltenden Rechte überall einer kurzen Verjährung unterworfen[2]), weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend ist. Der Entwurf folgt hierin dem bestehenden Rechte. Um für die Verjährung die Grundlage zu gewinnen (§ 154), ist hiernach dem Rechte auf die Minderung und demjenigen auf die Wandelung die Eigenschaft eines Anspruches beigelegt, im Gegensatze zu dem sonst im Entwurfe insbesondere für das Rücktrittsrecht festgehaltenen Standpunkte (vergl. §§ 432, 368, 369, 530; § 571). Die Frist für Geltendmachung dieser Rechte als Präklusivfrist auszugestalten, sei es in dem Sinne, daß innerhalb derselben das Recht auf Wandelung oder Minderung gerichtlich, d. h. mittels Klage oder Einrede geltend zu machen wäre, oder so, daß innerhalb derselben der Erwerber dem Veräußerer gegenüber zu erklären habe, daß und welches der beiden Rechte er ausüben wolle, verbot sich schon durch die Rücksicht auf das in Deutschland geltende Recht. Es würde darin eine wegen der sich daran schließenden Unanwendbarkeit der Vorschriften über

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 5 §§ 346, 347; österr. G. B. § 930; dresd. Entw. Art. 190 Abs. 2; Dernburg a. a. O. II, § 140 Nr. 3 Note 8.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 5 §§ 343—345; österr. G. B. § 933; code civil Art. 1648; sächs. G. B. § 923; schweiz. Bd. Ges. Art. 257—259; hess. Entw. Art. 183, bayr. Entw. Art. 333, dresd. Entw. Art. 192; Windscheid § 393 a. E.; vergl. H. G. B. Art. 349 347.

Hemmung und Unterbrechung der Verjährung mehr als bedenkliche Neuerung liegen. Würde man aber neben einer Präklusivfrist durch positive Vorschrift die bezüglichen für die Anspruchsverjährung geltenden Rechtsnormen für anwendbar erklären, so wäre der Boden der Präklusivfrist verlassen. Andererseits fehlt es auch bei Unterstellung des Falles, daß der Erwerber seinerseits geleistet hat, an jedem Grunde, für eine andere als die Verjährungsfrist zu entscheiden. Solchenfalls steht dem Erwerber der Anspruch auf gänzliche oder theilweise Restitution des von ihm Geleisteten zu. Aber auch in dem Falle, wenn der Erwerber seinerseits noch nicht geleistet hat, ist die Gestaltung der Frist als Verjährungsfrist ebensowohl begründet als sachlich zweckmäßig. Der Erwerber, von welchem noch nicht geleistet worden, hat dennoch schon einen wirklichen und wahren Anspruch, welcher seinem Wesen nach von demjenigen, der ihm nach erfolgter Leistung zusteht, nicht verschieden ist. Dieser Anspruch ist gerichtet auf gänzliche oder theilweise Befreiung von den durch den Vertrag entstandenen Verpflichtungen, bei Ausübung der Wandelung gegen Ausfolgung desjenigen, was der Erwerber erhalten hat. Dieser Anspruch auf Befreiung ist es, welcher solchenfalls der kurzen Verjährung unterliegt. Falsch wäre hiernach der Einwand, es fehle dann, wenn Empfänger noch nicht geleistet hat, an der Grundlage der Verjährung, nämlich an einem Anspruche, und es müsse deshalb der Empfänger gegen den Anspruch des Veräußerers auf den Weg der Einrede beschränkt sein.

a) Frist.

Abweichend vom gemeinen Rechte, welches für die Wandelung und die Preisminderung verschiedene Verjährungsfristen (ein Jahr, sechs Monate) festsetzt, dagegen in Uebereinstimmung mit der modernen Gesetzgebung, bestimmt der Entwurf für beide Ansprüche dieselbe Verjährungsfrist, welche jedoch, je nachdem bewegliche oder unbewegliche Sachen veräußert worden, verschieden bemessen sind. Die weitere Unterscheidung des preuß. A. L. R. bei Immobilien, ob es Landgüter oder städtische Grundstücke sind (I, 5 §§ 343), ist durch ein Bedürfniß nicht gerechtfertigt. Die Fristen sind hiernach auf sechs Monate, bezw. ein Jahr festgesetzt (sächs. G. B. a. a. O., dresd. Entw. a. a. O.). Die Feststellung des Beginnes der Verjährung auf den Zeitpunkt, in welchem die Sache dem Erwerber übergeben ist (Abs. 4), steht im Einklange sowohl mit der Vorschrift in § 381, als mit der modernen Gesetzgebung. Es kommt für die Verjährung demnach nichts darauf an, ob der Mangel innerhalb der Verjährungsfrist entdeckt wurde oder werden konnte. Selbst für solche Fälle, in denen eine Untersuchung der Sache nach der Uebergabe durch besondere Umstände vielleicht auf längere Zeit verhindert ist, macht der Entwurf im Interesse der Sicherstellung des Zweckes der kurzen Verjährung keine gesetzliche Ausnahme von letzterer. Im Uebrigen unterliegt die Verjährung des Anspruches auf die Wandelung und die Minderung den allgemeinen Grundsätzen. Insbesondere gilt dies von der Wirkung der Verjährung. Nach dem diesfalls für die Verjährung aufgestellten Prinzipe (§ 182) wäre an sich ein Zweifel daran nicht begründet, daß mit Vollendung der Verjährung des Anspruches auf die Wandelung und Minderung auch die Möglichkeit verloren ist, die betreffenden Rechte noch im Wege der Einrede geltend zu machen. Nach den, namentlich im Gebiete des preuß. A. L. R. ge-

b) Beginn.

c) Wirkung.

machten Erfahrungen (vergl. Eccius I § 85 S. 513) ist jedoch die Besorgniß nicht von der Hand zu weisen, daß, wenn der Entwurf diesfalls schwiege und hiermit auf die allgemeinen Bestimmungen verwiese, der richtige Standpunkt verkannt werden möchte. Deshalb ist in deklaratorischer Weise bestimmt, daß nach Vollendung der Verjährung der genannten Ansprüche die Rechte von dem Erwerber auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können. (Abs. 1 a. E.) Eine Bestimmung, welche dem Erwerber ermöglichte, durch Anzeige der Mängel an den Veräußerer innerhalb der Verjährungsfrist sich die Einreden über diese Frist hinaus zu konserviren (H. G. B. Art. 349 Abs. 3, 347, schweiz. Bd. Ges. Art. 258), würde mit diesem prinzipiellen Standpunkte des Entwurfes über die Wirkung der Verjährung in Widerspruch treten, und ist durch ein praktisches Interesse nicht geboten; sie würde umgekehrt zum Theil die durch die kurze Verjährung angestrebten Zwecke gefährden.

d) Gegenstand, Die kurze Verjährung des gemeinen Rechtes bezieht sich nur auf die actio quanti minoris und redhibitoria (Windscheid § 393 Note 12). Auch nach preuß. und franz. Rechte ist der etwaige Entschädigungsanspruch des Erwerbers der kurzen Verjährung nicht unterworfen (Entsch. d. R. G. in Civils. XII Nr. 92; ebenso hess. und dresd. Entw.). Das sächs. G. B. (§ 923) unterstellt dagegen alle dem Erwerber der Sache gegen den Veräußerer zustehenden Ansprüche der kurzen Verjährung, schließt aber diese allgemein aus, wenn der Veräußerer zur Zeit des Vertragsabschlusses in dolo war oder wenn er nicht vorhandene Eigenschaften versprochen hat. Das schweiz. Bd. Ges. Art. 257, 259 und der bayr. Entw. unterwerfen nur die Wandelung und Minderung der kurzen Verjährung, wogegen im Falle des dolus des Veräußerers auch insoweit die gewöhnliche Verjährung eintritt. Schadenersatzanspruch. Der Entwurf unterwirft auch den Anspruch auf Schadensersatz (Art. 385) der kurzen Verjährung, sofern derselbe sich nicht darin gründet, daß der Veräußerer den Mangel wissentlich verschwiegen hat (Abs. 2). Der praktische Zweck der kurzen Verjährung würde nur unvollkommen erreicht werden, wenn dieselbe nicht zugleich auf den Schadensersatzanspruch ausgedehnt würde. Nur der Fall der wissentlichen Verschweigung des Mangels, und zwar des Verschweigens eines verborgenen Mangels oder des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, ist wegen des dem Veräußerer zur Last fallenden unredlichen oder betrügerischen Verhaltens auszunehmen. Es ist aber weder durch ein Bedürfniß noch aus juristischen Gründen gerechtfertigt, diesfalls auch die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung der kurzen Verjährung zu entziehen (vergl. § 571 Abs. 2).

e) Verlängerung durch Rechtsgeschäft. Wenn der Entwurf endlich Abs. 3 (vergl. § 571 Abs. 3) in Ausnahme von der Regel des § 185 die rechtsgeschäftliche Verlängerung der kurzen Verjährungsfrist bis zur ordentlichen, dreißigjährigen, Verjährungsfrist gestattet, so kommt er nur einem dringenden praktischen Bedürfnisse entgegen (H. G. B. Art. 349 Abs. 5; schweiz. Bd. Ges. Art. 257). Die tägliche Erfahrung lehrt, in wie häufigen Fällen, in welchen insbesondere eine rechtzeitige Prüfung der Sache nicht möglich ist, die Verjährungsfrist durch Vertrag in der Form der Bestimmung von mehr oder weniger geräumigen sog. Garantiefristen ausgedehnt wird. Hierin manifestirt sich die Nothwendigkeit, solche Ver-

träge zuzulassen, in überzeugender Weise. Der Entwurf enthält sich übrigens, irgend welche Interpretationsregel über den Sinn einer solchen Garantiefrist, insbesondere im Verhältnisse zu den Verjährungsvorschriften, Beginn rc., aufzustellen. Erfahrungsgemäß ist der Sinn ein sehr verschiedener, welcher nur aus den Umständen des einzelnen Falles richtig erkannt werden kann.

§ 398.

Mit der Vorschrift des § 398 entscheidet der Entwurf die bekannte Streitfrage, ob, wenn der auf Veräußerung gerichtete Vertrag eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zum Gegenstande hat (§§ 213, 214), dem Erwerber beim Mangel vorausgesetzter oder zugesicherter Eigenschaften auch die ädilitischen Rechtsmittel zustehen (s. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht XIX S. 98 ff.) dahin, daß der Erwerber solchenfalls allerdings nach seiner Wahl das Recht der Wandelung oder Minderung oder das Recht, an Stelle der mangelhaften die Lieferung einer mangelfreien Sache zu fordern, haben solle. Der Ausübung dieser Befugnisse steht nicht im Wege, wenn der Erwerber die von dem Veräußerer zur Erfüllung seiner Verpflichtung angebotene Sache im Sinne des § 367 angenommen hatte, wofern der Erwerber nur nicht eine Sache von vertragswidriger Beschaffenheit in Kenntniß der Mängel als Erfüllung angenommen hat (§ 386). Der Entwurf hat nicht nur namhafte Autoritäten des gemeinen Rechtes und die überwiegende Praxis[1]) für sich, sondern steht auch in Uebereinstimmung mit ausdrücklichen Bestimmungen verschiedener modernen Kodifikationen[2]) und der vorherrschenden Auffassung des preuß. wie des franz. Rechtes. Allerdings wird das entgegengesetzte, der älteren Doktrin und Praxis unbekannte Prinzip, wonach die Vorschriften über das Recht auf Wandelung oder Minderung im Allgemeinen beim genus-Kauf keine Anwendung fänden, der Erwerber vielmehr nur das Recht wie die Pflicht habe, anderweitige genügende Leistung event. sein Interesse zu verlangen bezw. anzunehmen, in der neueren Zeit auch von vielen Autoritäten als in der Natur der Sache begründet vertreten. Allein abgesehen davon, daß es in der Praxis bisher nur geringen Anklang und in den modernen Kodifikationen nirgends Anerkennung gefunden hat, so kommt entscheidend gegen dasselbe seine Unzweckmäßigkeit für den Verkehr in Betracht. Nach dem erwähnten Prinzipe hätte der Empfänger das Recht der Wandelung nur dann, wenn er in concreto nachzuweisen vermöchte, daß die Aufrechthaltung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hätte, das Recht der Minderung nur dann, wenn er darthun würde, daß der Schaden,

Gewährl. bei generisch bestimmten Sachen.

Rechte des Erwerbers.

α. auf Wandelung rc.

---

[1]) Seuffert's Archiv XXVI Nr. 231, 232, XXVII Nr. 15, 77, 219, Entsch. des vorm. R. O. H. G. V Nr. 55, VI Nr. 62, Plenarentsch. desselben in der Zeitschrift für Handelsrecht XIX S. 93 ff., Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 26, IV Nr. 56, VI Nr. 53, XII Nr. 19.

[2]) Z. B. sächs. G. B. §§ 900, 909, Mot. bei Siebenhaar, Kommentar II S. 149; Entsch. des vorm. R. O. H. G. VI Nr. 9 S. 26; schweiz. Bd. Ges. Art. 252. Auch die neueren Entwürfe machen keinen Unterschied zwischen Spezies- und Genuskauf.

welchen der Veräußerer im Falle der Zurückweisung der Sache zu erstatten gehabt hätte, noch ein größerer gewesen sein würde (s. Windscheid § 394 Nr. 5 Noten 24, 25, 26, 27). Durch diese schwer zu führenden Beweise werden aber die Interessen des Empfängers in erheblicher Weise bedroht. Zur Abwendung dieses Nachtheiles bleibt nichts übrig, als dem Erwerber das Recht der Wandelung und Minderung in gleicher Weise beizulegen, wie im Falle des die Veräußerung einer individuell bestimmten Sache betreffenden Vertrages. Daneben steht die Frage für sich, ob der Erwerber außerdem das Recht haben solle, die Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mit Mängeln behafteten zu fordern. Die Versagung dieses Rechtes verträgt sich wenig mit den kontraktlichen Rechten des Erwerbers und könnte unter Umständen zu großen Härten führen. Zwar wird die Lage des Erwerbers durch Beilegung auch dieses Rechtes zu seiner Wahl eine besonders günstige, und es tritt diese günstige Lage des Erwerbers um so mehr hervor, als der Veräußerer in Folge des Rechtes der Wandelung des Erwerbers seinerseits nicht befugt ist, an Stelle der vertragswidrigen eine mangelfreie Sache zu liefern und deren Annahme zu fordern (anders schweiz. Bd. Ges. Art. 252). Allein hierin liegt kein Grund, die an sich begründeten Rechte des Erwerbers zu beschränken. Der Veräußerer muß die Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens in vollem Umfange tragen. Dem Erwerber das Recht auf Lieferung einer anderen mangelfreien Sache nur so lange zu gewähren, als er die angebotene vertragswidrige Sache (bei Unkenntniß der Mängel) noch nicht angenommen hätte, wäre inkonsequent, ohne durch zureichende Zweckmäßigkeitsgründe gerechtfertigt zu sein. Die Prüfung, ob jenes dritte Recht des Erwerbers im Handelsverkehre mit Unzuträglichkeiten verknüpft ist, bleibt nöthigenfalls der Revision des H. G. B. vorbehalten.

β. auf Lieferung einer mangelfreien Sache.

Erfüllungsinteresse.

Mit Geltendmachung des Rechtes auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache fordert der Gläubiger die Erfüllung des Vertrages. Nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze kann er daneben auch sein Interesse, insbesondere wegen Verzuges des Veräußerers (Schuldners), verlangen.

Auf das Recht, eine mangelfreie Sache zu fordern, werden in Abs. 2 die für das Recht der Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 387, 389 bis 391, 393, 394 für entsprechend anwendbar erklärt. Diese Gleichstellung rechtfertigt sich bei wesentlicher Gleichheit der in Betracht kommenden Verhältnisse durch die Natur der Sache. Desgleichen finden Anwendung die Vorschriften des § 384 über die Wahl des Gläubigers, des § 396 betreffend die Zulässigkeit vertragsmäßiger Modifikationen der Haftung des Veräußerers, des § 397 über die Verjährung, endlich die Vorschrift des § 386 über die Genehmigung der gelieferten Sache und deren Rechtsfolgen. Wie hiernach auch bei Veräußerung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache die Unterstellung des Verzichtes auf die dem Gläubiger aus der Mangelhaftigkeit der Sache zustehenden Rechte nur im Falle vorbehaltloser Annahme bei wirklicher Kenntniß des Mangels, nicht schon im Falle verschuldeter Unkenntniß des Gläubigers begründet ist, so ist andererseits nach dem Entwurfe das Recht auf Nachlieferung nicht von weiteren Bedingungen, insbesondere nicht von der Pflicht, dem Veräußerer die Wahl jenes Rechtes sofort nach Entdeckung des Mangels

anzuzeigen, abhängig gemacht. Möchte eine derartige Abschwächung des in Rede stehenden Rechtes in manchen Fällen angemessen erscheinen, so wäre doch ohne gleichzeitige Auferlegung einer sofortigen Untersuchungspflicht, von welcher der Entwurf Umgang genommen hat, nicht viel geholfen; wohl aber wären hiermit bei der Schwierigkeit des Beweises, die Zeit der Kenntniß festzustellen, manche praktische Uebelstände verbunden.

Endlich gewährt der Entwurf bei dem auf Veräußerung einer Gattungssache gerichteten Vertrage dem Erwerber neben dem Rechte auf Wandelung oder Minderung und neben dem Rechte auf Nachlieferung den Anspruch auf Schadensersatz im Falle des Dolus oder einer Zusicherung des Veräußerers, gemäß der Vorschrift des § 385, unter der Voraussetzung, daß in dem Zeitpunkte, in welchem die Gefahr auf den Erwerber überging, die zugesicherte Eigenschaft gefehlt hat oder der sonstige Mangel wissentlich verschwiegen worden ist. Diese Abweichung von dem Falle des Vertrages über eine Spezies (§ 385) ergiebt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß bei dem Vertrage über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit der Schließung des Vertrages, sondern mit dem Uebergange der Gefahr zusammenfällt (§ 214).

γ. auf Schadensersatz, bei Dolus ꝛc.

§§ 399, 400.

Das in Ansehung der Gewährleistung bei dem Handel mit Hausthieren in Deutschland dermalen geltende Recht ist sehr mannigfaltig; die einzelnen Landesrechte weichen selbst in den Grundprinzipien von einander ab, indem in einzelnen Staaten das röm. System der ädilitischen Klagen auch bei dem Viehhandel zur Herrschaft gelangt, in einigen weiteren Staaten dasselbe nur theilweise modifizirt worden ist, während in anderen die Auffassung des älteren deutschen Rechtes sich behauptet und im Anschlusse hieran die Gewährleistung beim Viehhandel eine besondere, von dem röm. Rechte wesentlich abweichende Regelung gefunden hat.

Gewährl. bei Hausthieren.

Diese innerhalb der Gesetzgebung bestehenden Verschiedenheiten haben keine innere Berechtigung; vielmehr drängt der lebhafte, gesteigerte Handelsverkehr mit Hausthieren zu der Herstellung eines einheitlichen Rechtes, wie auch die Partikulargesetzgebung längst bemüht war, die betreffenden Bestimmungen in Einklang wenigstens mit denjenigen der Nachbarstaaten zu bringen. Auch von landwirthschaftlichen und thierärztlichen Vereinen ist eine diesfällige gemeinsame Gesetzgebung für ganz Deutschland seit längerer Zeit schon gefordert und erstrebt worden, schon 1865 auf dem internationalen thierärztlichen Kongresse in Wien, neuerdings 1875 in den Versammlungen des deutschen Veterinärrathes und des deutschen Landwirthschaftsrathes, in deren Mitte schon im Oktober 1873 ein Antrag auf Erlassung eines Reichsgesetzes über die Gewährleistung beim Viehhandel gestellt worden ist. Es ist ferner im Jahre 1872 von Interessenten eine Petition um einheitliche Regelung der Gewährleistung beim Viehhandel an den Reichstag gerichtet und von diesem der Reichsregierung zur Berücksichtigung überwiesen worden. Man wird daher als feststehend annehmen dürfen, daß eine einheitliche Regelung Bedürfniß ist.

Prinzip: a) des römischen,

Es fragt sich, nach welchem Prinzipe dieselbe vorzunehmen ist. Nach demjenigen des röm. Rechtes erstreckt sich die Gewährleistungspflicht des Veräußerers auf alle erweislich schon zur Zeit des Vertragsschlusses (nach dem Entwurfe § 381 zur Zeit des Gefahrübergangs) vorhanden gewesenen verborgenen, nicht unerheblichen Mängel, und es stehen dem Erwerber für diesen Fall die Wandelungs- und die Minderungsklage nach seiner Wahl zu Gebote (§§ 381, 383).

b) des deutschen Rechtes,

Nach dem deutschrechtlichen Prinzipe dagegen haftet der Veräußerer kraft Gesetzes nur für gewisse gesetzlich bestimmte Mängel und im Allgemeinen auch für diese nur dann, wenn sie sich innerhalb einer gewissen gesetzlich bestimmten Gewährfrist offenbaren. Zutreffendenfalls wird weiter bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen, daß die Mängel schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen. Dabei wird dem Erwerber regelmäßig nur die Wandelungsklage und nur ausnahmsweise die Minderungsklage gegeben. Es finden sich aber auch beide Prinzipien in der Weise neben einander gestellt, daß je nach der Verschiedenheit der Hausthiergattungen das eine oder das andere Prinzip gilt, indem insbesondere bei dem Handel mit Pferden, auch beim Handel mit Rindvieh das deutsche Prinzip aufgestellt ist, während bei allen anderen Thiergattungen die römischrechtliche Haftpflicht des Veräußerers gilt.

c) gemischtes Prinzip.

Auf eine Vermischung beider Prinzipien in der Art findet sich, daß zwar für den Viehhandel das Prinzip des röm. Rechtes und somit die Haftpflicht des Veräußerers für alle verborgenen Mängel von Erheblichkeit im Allgemeinen festgehalten ist, eine Modifikation jedoch insofern eintritt, als für die sog. Nachtkrankheiten, d. h. solche, die innerhalb 24 Stunden hervortreten, sowie für gewisse Mängel bestimmter Hausthiere, wenn sie innerhalb einer gewissen Frist offenbar werden, eine Vermuthung ihres Vorhandenseins schon zur entscheidenden Zeit aufgestellt wird.

Geltungsbereich: a) des römischen,

Das röm. Rechtsprinzip gilt ganz rein nur in einem kleineren Theile von Deutschland, in Mecklenburg-Schwerin, in Mecklenburg-Strelitz, in Braunschweig, in Oldenburg, in Schaumburg-Lippe und in Lippe-Detmold, sowie in Schwarzburg-Rudolstadt; ferner in Schleswig-Holstein, wo nur für wenige Orte und Distrikte besondere ältere Bestimmungen Geltung haben, so das lübische Recht, welches beim Pferdehandel die Gewährpflicht auf wenige Mängel beschränkt, und das eiderstädter L. R., welches beim Pferdehandel die Gewährpflicht des Verkäufers dadurch bedingt, daß er vom Käufer in den nächsten acht Tagen nach dem Kaufe darum besprochen wird. Auch in Sachsen-Weimar gilt heute nur das gemeine Recht (Ges. v. 2. März 1839). In Altenburg und Gotha gilt zwar auch das gemeine Recht, jedoch mit der wichtigen Ausnahme des Pferdehandels, bei welchem die Gewährleistung auf der Grundlage des deutschrechtlichen Prinzipes geregelt ist. Aehnlich verhält es sich in Anhalt, Hamburg, Bremen und Lübeck. Desgleichen gilt in Hannover zwar in dem größeren Theile das römischrechtliche Prinzip, aber die calenbergische Verordn. v. 30. April 1697, die lüneburgsche Verordn. v. 30. Dezember 1697, das lüneburger Stadtr. v. 26. August 1679 und die hildesheimsche Verordn. v. 10. Dezember 1784 stehen in Absicht auf den Pferdehandel im Wesentlichen auf dem deutschrechtlichen Prinzipe. Rein auf dem Boden des röm. Prinzipes steht der code civil Art. 1641—1649, welcher keine

besonderen Bestimmungen bezüglich der Gewährleistung beim Viehhandel enthält. Es ist jedoch das Recht des code durch ein in Elsaß-Lothringen noch jetzt geltendes Gesetz v. 20. Mai 1838 (loi des vices redhibitoires des animaux domestiques) auf der Grundlage des deutschrechtlichen Prinzipes geändert worden, indem hiernach bei Pferden, Eseln, Maulthieren, bei dem Rindvieh und den Schafen die Gewährleistungspflicht des Veräußerers auf gewisse im Gesetze bestimmte Mängel beschränkt und dem Erwerber nur die Wandelungsklage gegeben, diese aber an bestimmte Fristen gebunden ist[1]). Auch in Belgien wurde durch ein Gesetz v. 28. Januar 1850 und in Luxemburg durch ein Gesetz v. 18. April 1851 der code im Sinne des deutschen Prinzipes abgeändert. In Baden aber waren die betreffenden Bestimmungen des code schon durch eine, gleichfalls auf deutschrechtlicher Grundlage beruhende Verordnung v. 20. Juni 1806 ersetzt worden, an deren Stelle später das Gesetz v. 29. April 1853 getreten ist. Nur für den preuß. Appellationsbezirk Cöln ist durch Gesetz v. 3. Mai 1859 das römischrechtliche Prinzip des code auch für die Veräußerung von Hausthieren aufrecht erhalten und nur die Verjährungszeit für die Klage auf 42 Tage reduzirt, auch dem Käufer die Feststellung des Gewährmangels durch Sachverständige schon vor der Klage gestattet und hierfür ein besonderes Verfahren normirt worden. Die Veranlassung zu diesem Gesetze hatte ein Antrag eines rheinischen Abgeordneten gegeben, der, gestützt auf die mit dem Prinzipe des code gemachten nachtheiligen Erfahrungen, ein auf das deutsche Prinzip gebautes Gesetz in Vorschlag gebracht hatte. Die preuß. Regierung hatte sich damals jedoch auf Grund des Gutachtens von Thierärzten, daß eine vollständige Aufzählung der unter den Begriff eines Gewährmangels passenden Krankheiten vom thierärztlichen Standpunkte nicht möglich sei, und davon ausgehend, daß eine Beschränkung der Gewährmängel eine Rechtsverweigerung enthalten würde, auch die Aufstellung einer Rechtsvermuthung keinen praktischen Werth habe und die wissenschaftliche Basis dafür fehle, für die Beibehaltung des Prinzipes des code entschieden. Uebereinstimmend mit dem für den Appellationsbezirk Cöln gegebenen Gesetze ist die Gewährleistung beim Viehhandel dann auch

[1]) In Frankreich wurde der Gegenstand durch Ges. v. 2./6. August 1884 neu geordnet: Dasselbe giebt seine Vorschriften nur für Pferde, Esel, Maulesel, Schafe und Schweine. Für das Rindvieh gilt das gemeine Recht des code civil Art. 1641 ff. Für jene Thiergattungen werden aber die Hauptmängel zum Theil abweichend vom Gesetze von 1838 bestimmt. In Ansehung dieser Thiere findet gar keine Klage aus Gewährleistung statt, wenn bei einem Kaufvertrage der Preis, bei einem Tausche der Werth den Betrag von 100 Francs nicht übersteigt. Abgesehen hiervon ist die Wandelungs- und die Preisminderungsklage zulässig. Die Minderung kann der Veräußerer durch Rücknahme des Thieres unter Vergütung des Kaufpreises und der Kosten abwenden. Wandelung kann der Erwerber nur verlangen, wenn er innerhalb bestimmter Fristen die Klage erhebt und zugleich bei dem Friedensrichter den Antrag auf Bestellung von Sachverständigen behufs Besichtigung und Begutachtung des Thieres stellt. Diese Fristen sind zugleich die Gewährfristen. Krepirt das Thier, so haftet der Veräußerer nur, wenn der Erwerber im gewöhnlichen Prozesse beweist, daß der Tod des Thieres die Folge eines Hauptmangels war.

für den Bezirk des Justizsenates zu Ehrenbreitstein, wo das röm. Recht gilt, durch das preuß. Ges. v. 27. März 1865 geregelt worden. Einen eigenen Weg hat das preuß. A. L. R. eingeschlagen (Eccius II § 125 S. 64 ff.; Dernburg, preuß. Priv. R. II § 147 Ziff. 2), indem dasselbe mit dem römischrechtlichen Prinzipe die Präsumtionsfristen des deutschen Rechtes verbindet und somit auf dem Boden des oben gedachten gemischten Prinzipes steht. Demgemäß beläßt es das A. L. R. auch bezüglich des Viehhandels bei den allgemeinen Bestimmungen über Mängelgewähr, also bei der Haftpflicht des Veräußerers für alle verborgenen Mängel (I, 11 §§ 192—198; I, 5 §§ 319, 325—332), und stellt nur für die sog. Nachtkrankheiten, sowie bei gewissen Mängeln der Pferde, des Rindviehes, der Schafe und der Schweine, wenn sie binnen einer im Gesetze bestimmten Frist sich zeigen, eine Vermuthung für deren Vorhandensein zur entscheidenden Zeit auf (I, 11 §§ 199—206, Anh. §§. 13, 14); es muß jedoch der Erwerber bei Verlust seines Rechtes, auf die Vermuthung sich zu berufen, dem Käufer und in seiner Abwesenheit dem Gerichte oder einem Sachverständigen die Krankheit so zeitig anzeigen, daß noch eine Untersuchung über die Zeit ihrer Entstehung stattfinden kann (I, 11 §§ 200, 201). An diese Bestimmungen hat sich die waldeckische Verordn. vom 19. April 1836 angeschlossen und auch das österr. G. B. §§ 922—927 ist dem Vorgange des preuß. A. L. R. gefolgt. Die waldeckische Verordn. knüpft übrigens an die Unterlassung der Anzeige des Mangels nicht blos, wie das preuß. und österr. Recht, den Nichteintritt der Rechtsvermuthung, sondern den Verlust des Anspruches auf Gewährleistung selbst. Wesentlich verschieden hiervon sind die Bestimmungen des sächs. G. B. vom 2. Januar 1863 §§ 924—929, indem solche in Ansehung des Pferde- und Rindviehhandels auf dem deutschrechtlichen Prinzipe beruhen, das nur insofern modifizirt ist, als die Haftpflicht des Veräußerers über die Gewährfrist hinaus besteht, während für den Handel mit anderen Thieren das gemischte Prinzip gilt. Bei Pferden und beim Rindvieh findet hiernach eine Haftpflicht des Veräußerers, abgesehen von dem Falle, wenn der Veräußerer einen ihm bekannten Fehler dem Erwerber verschwiegen oder das Nichtvorhandensein eines Fehlers versprochen hat, nur wegen der im Gesetze besonders benannten Gewährmängel statt (§ 927), bei anderen Thiergattungen gilt die gemeinrechtliche Haftung für alle verborgenen Mängel (§ 924). Bei Nachtkrankheiten, sowie bei gewissen im Gesetze bestimmten Mängeln der Thiere des Pferdegeschlechtes, des Rindviehes, der Schweine, der Schafe und der Ziegen, wenn sie innerhalb der im Gesetze bestimmten Frist sich zeigen, greift die Rechtsvermuthung Platz, daß der Mangel schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen (§§ 925, 926); der Veräußerer haftet aber auch bei späterem Hervortreten der Mängel, nur liegt in diesem Falle auf dem Erwerber die Beweislast der Existenz des Mangels zur entscheidenden Zeit. Bei den hervorgehobenen Thiergattungen findet endlich regelmäßig nur die Wandelungsklage, die Minderungsklage nur bei geschlachtetem Vieh statt (§ 927). Aehnliche Bestimmungen hat das Großh. hess. Ges. vom 15. Juli 1858 getroffen, nur daß solches das deutschrechtliche Prinzip nicht blos auf Pferde und Rindvieh, sondern auch auf weitere Gattungen von Hausthieren anwendet. Mit diesem

b) des gemischten,

c) des deutschen Prinzipes.

Gesetze stimmt in den Hauptpunkten ein landgräfl. hess. homburg. Ges. vom 15. März 1864 überein. Ganz auf den Boden des deutschen Prinzipes hat sich die nassauische Verordn. vom 24. Oktober 1791 (Viehhandelsordn.) gestellt, indem hiernach bei dem Handel mit Hausthieren eine Verpflichtung des Veräußerers zur Gewährleistung kraft des Gesetzes nur wegen gewisser in der Verordnung bestimmter Hauptmängel und nur, wenn sie sich innerhalb der festgesetzten Gewährfrist offenbaren und im Laufe dieser Frist angezeigt werden, besteht, in diesem Falle aber der Veräußerer haftet, ohne daß es auf die Entstehungszeit des Mangels ankommt. Die Minderungsklage ist ausgeschlossen; nur die Wandelungsklage findet statt. In ähnlicher Weise bestimmen die meiningenschen Ges. vom 6. Juli 1844 und 10. Juni 1865 für den Handel mit Pferden und Rindvieh. Endlich haben durchaus das deutsche Prinzip angenommen das bayr. Ges. v. 26. März 1859, auf welches auch der bayr. Entw. Art. 334 verweist, das bad. Ges. v. 23. April 1859, das württemb. Ges. v. 26. Dezember 1861, das preuß. Ges. für Hohenzollern v. 5. Juni 1863, das sachsen-coburgische Ges. v. 7. Juli 1864, das Ges. für Frankfurt a. M. v. 9. Dezember 1864 und das kurf. hess. Ges. v. 23. Oktober 1865. Nach diesen haftet der Veräußerer von Pferden, Eseln, Rindvieh, Schweinen und Schafen, abgesehen von dolus und besonderer Vereinbarung, nur für gewisse gesetzlich bestimmte Mängel und nur im Falle ihres Offenbarwerdens innerhalb der im Gesetze bestimmten Gewährfristen, wobei, wenn letzteres der Fall ist, die Vermuthung für das Vorhandensein der Mängel schon zur entscheidenden Zeit spricht, während dem Erwerber die Wandelungsklage, die Minderungsklage aber nur bei geschlachtetem Vieh zusteht. In letzterer Beziehung weicht nur das kurf. hess. Gesetz ab, welches dem Erwerber beide Klagen giebt, dem Veräußerer aber die Wahl läßt, ob er statt Minderung die Wandelung vorzieht. Auf das deutschrechtliche Prinzip ist endlich auch der dresd. Entw. Art. 193—202 gebaut. Bei diesen Gesetzgebungen ist der von Seiten der Vertreter der Thierheilkunde erhobene Einwand nicht unbeachtet geblieben, daß es nicht möglich sei, alle verborgenen und erheblichen, nach allgemeinen Grundsätzen zur Gewährleistung verpflichtenden Mängel erschöpfend zu bestimmen und sie mit einer für alle Fälle zutreffenden und dem Erwerber wie dem Veräußerer in gleicher Weise gerecht werdenden Gewährfrist zu versehen, die Wissenschaft vielmehr nur eine aus der Mehrzahl der Fälle abstrahirte Wahrscheinlichkeitsberechnung an die Hand geben könne. Es wurde davon ausgegangen, daß diesen Bedenken überwiegende Rücksichten des praktischen Bedürfnisses, der Rechtseinfachheit und der Rechtssicherheit entgegenstehen, welche eine Beschränkung der Gewährleistungspflicht auf gewisse besonders erhebliche Mängel und die Aufstellung einer Rechtsvermuthung im Falle des Hervortretens binnen einer gewissen Frist zu Gunsten des Erwerbers, sowie den Ausschluß der Gewährpflicht für später hervortretende Mängel zu Gunsten des Veräußerers hinreichend rechtfertigen. Auch wurde auf die Möglichkeit weitergehender besonderer Vereinbarung der Vertragschließenden hingewiesen. In den Motiven zu dem preuß. Gesetze für Hohenzollern ist insbesondere hervorgehoben, daß, wenn auch vom theoretischen Standpunkte das römische Prinzip den Vorzug verdiene, die theoretisch besten Gesetzgebungen sich in der Praxis

nicht immer am besten bewähren, nach den in den hohenzollernschen Landen gemachten Erfahrungen aber die auf dem deutschen Prinzipe beruhenden Gesetze in Württemberg und Baden den Handel mit Hausthieren wesentlich erleichtern und befördern, so daß deren Einführung in Hohenzollern als dringendes Bedürfniß empfunden werde. Auch wurde, im Widerspruche mit den Motiven zu dem Gesetze für den Appellationsgerichtsbezirk Cöln, bemerkt, daß bei einer gemeinsamen Gesetzgebung in Betreff der Gewährleistung beim Viehhandel nicht sowohl auf die Grundsätze des röm. Rechtes, als vielmehr auf die Grundsätze des preuß. A. L. R., welches die Prinzipien des röm. und des deutschen Rechtes zweckmäßig mit einander verbinde, zurückzugehen sein möchte. Noch ist zu erwähnen, daß auch in Italien das deutschrechtliche Prinzip Eroberungen gemacht und das schweiz. Konkordat v. 22. April 1853 die Gewährleistung beim Viehhandel gleichfalls auf der Grundlage des deutschrechtlichen Prinzipes geregelt hat. Das schweiz. Bd. Ges. über das Obl. Recht (1881) beläßt es beim Handel mit Pferden, Eseln, Mauleseln, Rindvieh, Schafen, Ziegen, Schweinen hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel bei den Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung, bezw. des Konkordates über die Viehhauptmängel bis zu dem Zeitpunkte, wo hierüber ein eidgenössisches Gesetz erlassen sein werde (Art. 890).

Aeußerungen von Sachverständigen.

Wie bemerkt, haben die Thierärzte von ihrem Standpunkte aus mehrfach gegen das deutschrechtliche Prinzip sich ausgesprochen; doch herrscht auch in diesen Kreisen keine Einstimmigkeit, und ebenso haben sich aus der Mitte der Landwirthe, die bei der Frage vorzugsweise betheiligt sind, Stimmen für und wider vernehmen lassen. Für das gemischte Prinzip ist die zweite internationale Versammlung von Thierärzten zu Wien im Jahre 1865 eingetreten, indem sie sich für die Nothwendigkeit der Beibehaltung der allgemeinen Gewährpflicht, unter Herabsetzung der Verjährungsfrist auf höchstens ein Vierteljahr, und für die Festsetzung einer speziellen Gewährzeit für gewisse näher bezeichnete Mängel neben der allgemeinen Haftverbindlichkeit ausgesprochen hat. Dagegen hat im Jahre 1870 das preuß. Landesökonomiekollegium, auf Grund einer demselben von dem preuß. landwirthschaftlichen Minister mitgetheilten, ein sehr umfassendes Material über das in Preußen geltende Recht enthaltenden Denkschrift, die fragliche Materie gleichfalls seiner Berathung unterworfen und mit großer Majorität für die Annahme des deutschrechtlichen Prinzipes sich entschieden. Dagegen hat sich wiederum die zweite Versammlung des deutschen Veterinärrathes (April 1875) in ihrer Majorität für die Annahme des römischen Prinzipes, der deutsche Landwirthschaftsrath aber (Oktober 1875) für das gemischte Prinzip als Grundlage des zu erstrebenden deutschen Währschaftsgesetzes erklärt, letzterer unter Empfehlung einer Reduktion der Verjährungsfrist auf 42 Tage. Auch das im Mai 1876 abgegebene Gutachten der Königl. preuß. technischen Deputation für das Veterinärwesen hat sich dafür ausgesprochen, es solle die Gewährleistung beim Viehhandel nach dem Prinzipe des röm. Rechtes auf alle verborgenen Mängel von Erheblichkeit ausgedehnt und von allen Rechtsvermuthungen und gesetzlichen Gewährzeiten abgesehen werden, da nur durch Beibehaltung der allgemeinen Haftverbindlichkeit des Verkäufers dem Käufer in gleicher Weise wie

dem Verkäufer ein sachgemäßer Rechtsschutz zu Theil werde, während den berechtigten Klagen durch Zweckmäßigkeitsbestimmungen im Interesse der Rechtssicherheit der Parteien und des geschäftlichen Verkehres mit den Hausthieren abzuhelfen sei. Insbesondere müsse zu diesem Zwecke die Klagefrist beschränkt, eine Anzeigepflicht des Erwerbers statuirt und die Minderungsklage regelmäßig ausgeschlossen werden; auch müsse der Antrag auf öffentliche Versteigerung des im Streite befindlichen Thieres zur Verminderung der Unterhaltskosten zugelassen werden. Von den deutschen Regierungen haben sich für das röm. Rechtsprinzip erklärt diejenigen von Oldenburg, Mecklenburg-Schwerin, Anhalt, Sachsen-Weimar und Sachsen-Altenburg, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, Reuß, Waldeck-Pyrmont und Bremen. Dagegen haben sich für die Zugrundelegung des deutschrechtlichen Prinzipes ausgesprochen die Regierungen von Bayern, Württemberg, Baden, Hessen, Mecklenburg-Strelitz, Schaumburg-Lippe, Lippe-Detmold, Hamburg und Lübeck. Die sächsische Regierung ist für das gemischte Prinzip im Sinne des sächs. G. B. eingetreten. Auch die braunschw. Regierung hat insofern das gemischte Prinzip befürwortet, als sie zwar das röm. Rechtsprinzip zu Grunde gelegt wissen will, jedoch dem praktischen Bedürfnisse in einzelnen Beziehungen durch bestimmte Präsumtionen zu Hülfe kommen möchte. Regierungen.

Aus dieser Darstellung ergiebt sich, daß nicht nur das bestehende Recht, sondern auch sonst die Ansichten in Beziehung auf eine neue Gesetzgebung weit auseinander gehen. Sache des Gesetzgebers ist es aber, in erster Linie das praktische Bedürfniß ins Auge zu fassen, welchem das Gesetz zu dienen bestimmt ist, und die Rücksicht hierauf, im vorliegenden Falle also die Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Förderung des Viehhandels und damit zugleich der Viehzucht, muß bei den zutreffenden Bestimmungen den Ausschlag geben, wenn auch die strenge Rechtskonsequenz zu einem anderen Resultate führen würde. Daß dabei dem heutigen Stande der Veterinärwissenschaft die gebührende Rechnung zu tragen ist, versteht sich von selbst. Man kann zugeben, daß die Gründe, welche im Allgemeinen dafür sprechen, dem Veräußerer die Haftpflicht für verborgene und nicht unerhebliche Mängel der veräußerten Sache aufzuerlegen, an sich auch bei dem Viehhandel zutreffen, die Rechtslogik daher dazu führen würde, auch die Gewährleistung beim Viehhandel unter das römischrechtliche Prinzip zu stellen, welches bei leblosen Gegenständen den Anforderungen des Verkehres gerecht wird. Allein es sind gewichtige praktische Bedenken, welche dagegen sprechen, indem der Umstand, daß der Viehhandel es mit lebendigen Organismen zu thun hat, im konkreten Falle die Entscheidung der Fragen, ob ein Fehler der bezeichneten Art vorliege, und noch mehr, ob der Fehler schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen, in hohem Grade erschwert und bei der Abhängigkeit der Entscheidung nach allen diesen Richtungen in jedem einzelnen Falle von dem schwierigen Gutachten Sachverständiger einestheils für den Erwerber ein günstiger Erfolg sehr unsicher und fraglich gemacht, anderentheils für den Veräußerer ein unleidlicher Zustand der Ungewißheit bis zum Ablaufe der Verjährungszeit herbeigeführt wird, während solche Rechtsunsicherheit und Rechtsungewißheit den Viehhandel in empfindlicher Weise zu schädigen geeignet sind. Gerade um diesen Nachtheilen im Interesse der Land- Rechtfertigung des deutschen Prinzipes.

wirthschaft und des Handelsverkehres zu begegnen, hat die Gesetzgebung zu der Aufstellung von Gewährmängeln, Gewährfristen und Präsumtionen gegriffen. Zwar werden, wie gezeigt, von einzelnen deutschen Regierungen günstige Erfahrungen, die mit dem römischen Prinzipe gemacht worden, bezeugt. Allein andere Regierungen haben auf dem Boden des römischen Prinzipes die in Süddeutschland schon früher gemachten ungünstigen Erfahrungen mit diesem Prinzipe bestätigt und sich für das Verlassen desselben ausgesprochen, indem der Käufer trotz der dem Verkäufer obliegenden allgemeinen Gewährpflicht für alle verborgenen Mängel wegen der Schwierigkeit und Ungewißheit der Beweisführung des erforderlichen Schutzes entbehre. Alle diejenigen Regierungen aber, in deren Ländern die Gesetzgebung auf dem deutschrechtlichen Prinzipe basirt, haben sich für die Beibehaltung desselben energisch verwendet und konnten sich hierfür auf Grund umfassender Erhebungen auf die günstigen Erfahrungen, welche mit jener Gesetzgebung gemacht worden, und ihren ersprießlichen Einfluß auf die Verkehrssicherheit berufen. Die erwähnte Rücksicht auf die Erzielung möglichster Sicherheit des Handelsverkehres mit Vieh ist es, welche dafür spricht, auch die gemeinsame deutsche Gesetzgebung auf das deutschrechtliche Prinzip zu bauen. Der Veräußerer weiß in diesem Falle von vornherein, wofür er zu haften hat und ist der seine Rechtssicherheit bedrohenden Gefahr, je nach dem unsicheren Resultate von Sachverständigen-Gutachten für alle möglichen Mängel bis zur Verjährungszeit haften zu müssen, enthoben, während andererseits der Erwerber der Beschränkung der gesetzlichen Haftpflicht gegenüber den Vortheil der ihn des schwierigsten und zweifelhaftesten Beweises überhebenden Rechtsvermuthung hat und erforderlichenfalls eine Ausdehnung der Gewährleistungspflicht des Veräußerers auf weitere bestimmte Mängel vereinbaren kann. Diese großen praktischen Vortheile sind es, welche dem deutschen Prinzipe ungeachtet der fortgesetzten Angriffe den Eingang in die neueren Gesetzgebungen verschafft haben. Es muß dahingestellt bleiben, welchen Einfluß die Wahl des Prinzipes im Allgemeinen auf die Zahl der Prozesse ausgeübt hat, da diesfalls widersprechende Behauptungen vorliegen und es an dem erforderlichen statistischen Materiale fehlt; für Süddeutschland wird der diesfällige Einfluß des deutschrechtlichen Prinzipes allseitig als ein günstiger geschildert. Der Behauptung aber, daß die Beschränkung der Gewährfrist auf bestimmte Mängel das öffentliche Rechtsbewußtsein verletze, steht die von den betreffenden Regierungen auf Grund der gemachten Erfahrungen bezeugte Thatsache entgegen, daß man insbesondere in den diesfalls maßgebenden landwirthschaftlichen Kreisen mit der auf dem deutschrechtlichen Prinzipe beruhenden Gesetzgebung zufrieden sei, daß sie dem Bedürfnisse vollkommen entspreche und daß daher eine Rückkehr zum römischen Prinzipe den Wünschen der nächstbetheiligten Kreise widerstreiten und im Handel und Verkehre als ein empfindlicher Rückschritt und als eine Störung der bisherigen Rechtssicherheit empfunden würde. Entspricht aber, wie hiernach anzunehmen ist, die auf gewisse Gewährmängel beschränkte Haftpflicht des Veräußerers beim Thierhandel einem in den maßgebenden Verkehrskreisen erkannten Bedürfnisse, so ist jene Beschränkung auch von dem Gesetzgeber als Recht zu sanktioniren, zumal die von thierärztlicher Seite aufgestellte Behauptung, daß der heutige Stand

der Veterinärwissenschaft in allen Fällen ein sicheres Urtheil gewährleiste, ob ein Mangel ein heimlicher und nicht unerheblicher und ob er insbesondere schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen sei, von nicht minder kompetenter Seite in Uebereinstimmung mit den Erfahrungen der Praxis bestritten wird. Allerdings ist die Schwierigkeit, Gewährmängel und Gewährfristen in befriedigender Weise festzustellen, nicht zu verkennen. Allein es handelt sich hierbei nur um die Konstatirung einer auf die Erfahrung gebauten Regel, welcher gegenüber der Gegenbeweis wenigstens in Ansehung der Entstehungszeit des Mangels im einzelnen Falle offen bleibt.

Den dem Erwerber aus der Beweisschwierigkeit erwachsenden Nachtheilen begegnet allerdings auch das gemischte Prinzip, indem dieses für einzelne Hauptmängel Präsumtionsfristen aufstellt. Allein es spricht gegen das gemischte Prinzip, daß dadurch lediglich der Erwerber in nicht zu rechtfertigender Weise einseitig begünstigt wird, indem zu seinen Gunsten für einzelne Mängel im Falle ihres Hervortretens binnen einer bestimmten Frist die Beweislast geändert ist, während der Veräußerer für diese Mängel auch bei ihrem späteren Hervortreten im Falle der Erweislichkeit des Bestehens zur entscheidenden Zeit und, unter derselben Voraussetzung, für alle und jede sonstigen verborgenen Mängel von Erheblichkeit haftbar bleibt, somit für ihn dieselbe Rechtsunsicherheit wie bei dem römischen Prinzipe besteht und ebendaher auch der Zweck der Erzielung möglichster Rechtssicherheit und Rechtsgewißheit auf diesem Wege nicht erreicht wird. Gründe gegen das gemischte Prinzip.

Indem hiernach in dem Entwurfe (§§ 400 ff.) auf der Grundlage des deutschrechtlichen Prinzipes besondere Bestimmungen für die Gewährleistung beim Viehhandel getroffen werden, versteht es sich von selbst, daß, insoweit als nicht etwas Besonderes verordnet wird, die allgemeinen Bestimmungen über Gewährleistung, namentlich in Ansehung der Arten von Verträgen, für welche sie gelten, auch hier Platz greifen (§ 399). Anwendung allg. Grundsätze.

Der Entwurf trifft die besonderen Bestimmungen nur für einzelne Thiergattungen, welche für die Landwirthschaft von besonderer Wichtigkeit sind und in hervorragender Weise den Gegenstand des Handelsverkehres bilden. Es gehören dahin zweifellos Pferde, Rindvieh, Schafe und Schweine, die auch nahezu in allen bestehenden Währschaftsgesetzen genannt sind (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 204, 205, Anh. §§ 13, 14; Gesetze für Waldeck v. 19. April 1836 Art. 4, Elsaß-Lothringen v. 20. Mai 1838 Art. 1, Hessen v. 7. August 1858 Art. 4, 8, Bayern v. 26. März 1859 Art. 1, Baden v. 23. April 1859 Art. 1, Württemberg v. 26. Dezember 1861 Art. 1; sächs. G. B. §§ 926, 927; Gesetze für Hohenzollern v. 5. Juni 1863 Art. 1, Hessen-Homburg v. 15. März 1864 Art. 3, Sachsen-Coburg v. 7. Juli 1864 Art. 1, Frankfurt v. 9. Dezember 1864 Art. 1, Kurfürstenthum Hessen v. 23. Oktober 1865 § 1. Nur die Gesetze für Sachsen-Meiningen v. 6. Juli 1844 Art. 4, 6 und 10. Juni 1865 Art. 1 beschränken ihre Bestimmungen auf Pferde und Rindvieh, und das Ges. von Sachsen-Gotha, 11. März 1853 Art. 2, auf Pferde allein. Zweifelhaft könnte es sein, ob auch wegen der Esel, Maulesel und Maulthiere Bestimmungen getroffen werden sollen, da diese Thiergattungen von untergeordneter Bedeutung für die Landwirthschaft sind Besondere Bestimmungen: a) Thiergattungen,

und demzufolge auch wenig im Handelsverkehre vorkommen. Sie haben jedoch in mehreren Partikulargesetzen, so für Elsaß-Lothringen, ferner in den Gesetzen von Bayern, Sachsen, Kurfürstenth. Hessen, Frankfurt, in dem österr. G. B. § 925 und in dem schweizer Konkordate § 2 Berücksichtigung gefunden, und für einzelne Gegenden Deutschlands ist jedenfalls die Ausdehnung der Bestimmungen auch auf diese Thiergattungen von Bedeutung. Das sächs. G. B. § 926 dehnt seine Bestimmungen auf die Ziegen aus. Hierzu scheint jedoch kein Bedürfniß vorzuliegen; keines der vielen sonstigen deutschen Gesetze erwähnt die Ziegen. Bezüglich dieser, wie der sämmtlichen in § 399 nicht genannten Thiergattungen gelten also die allgemeinen Vorschriften über die Mängelgewähr.

b) Gewährsmängel, Nach dem Wesen des deutschrechtlichen Prinzipes bestimmt hiernach der Entwurf, daß für jede der bezeichneten Thiergattungen ein für alle Male gewisse Mängel bezeichnet werden, welche den Veräußerer zur Gewährleistung kraft Gesetzes verpflichten, wenn sie zur entscheidenden Zeit vorhanden waren, und daß zugleich die gesetzliche Haftung für jeden anderen Mangel ausgeschlossen wird. In der Bestimmung der einzelnen Gewährmängel liegt der Ausspruch, daß diese Mängel solche sind, welche den Werth oder die Tauglichkeit des Thieres zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder nicht unerheblich mindern. Die Untersuchung nach dieser Richtung wird aber für alle Fälle durch den Ausspruch des Gesetzes überflüssig gemacht und abgeschnitten. Dagegen kann sich der Veräußerer nach der allgemeinen Vorschrift des § 382 nicht blos darauf berufen, daß der Erwerber zur Zeit der Schließung des Vertrages den betreffenden Mangel gekannt habe, sondern auch, wofern er nicht das Nichtvorhandensein des Mangels zugesichert oder den Mangel gekannt und verschwiegen hat, darauf, daß dem Erwerber der Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei (vergl. § 407 Abs. 2). Kein Grund liegt vor, dem Veräußerer nur die Berufung auf wirkliche Kenntniß des Erwerbers zu gestatten (vergl. Gesetze für Bayern Art. 3 Ziff. 2, Württemberg Art. 3 Ziff. 3, Baden Art. 3 Ziff. 3, Hohenzollern Art. 3 Ziff. 3, Frankfurt Art. 10 Abs. 3, Großh. Hessen Art. 1, Sachsen-Meiningen v. 1844 Art. 15 lit. c, Sachsen-Coburg Art. 3 Ziff. 1).

c) Gewährsfristen; Der Veräußerer haftet jedoch für die gedachten Mängel der veräußerten Sache nur dann, wenn solche in dem Zeitpunkte, in welchem die Gefahr auf den Erwerber übergeht, vorhanden waren, wofür an sich der Erwerber beweispflichtig wäre (§§ 381, 401, 402). Der mehrfach hervorgehobenen Schwierigkeit dieses Beweises bei Thieren und der daraus resultirenden Unsicherheit des Erfolges begegnet das Gesetz durch Aufstellung von Gewährfristen, welche denjenigen Zeitraum umfassen, innerhalb dessen der fragliche Mangel oder die fragliche Krankheit deren Natur zufolge erfahrungsgemäß
Vermuthung; sich zu entwickeln bezw. zu offenbaren pflegt. Offenbart sich einer der fraglichen Mängel innerhalb der für denselben festgesetzten Frist, so wird bis zum Beweise des Gegentheiles angenommen, es habe der Mangel schon zur ent-
Gegenbeweis; scheidenden Zeit bestanden (§ 402 Abs. 1, § 198). Der Gegenbeweis ist nothwendig zu gestatten, weil die Gewährfrist, wenn sie überhaupt eine Bedeutung haben soll, nicht so bemessen werden kann, daß die Möglichkeit der Entstehung

des Fehlers erst nach der entscheidenden Zeit absolut ausgeschlossen ist. Man kann vielmehr bei Festsetzung der Gewährfrist nur die auf Erfahrung gestützte Regel zu Grunde legen. Bei einer Begrenzung der Frist auf die denkbar kürzeste Entwickelungszeit würde dieselbe den größten Theil ihrer Bedeutung verlieren, weil bei einem Hervortreten des Fehlers in dieser denkbar kürzesten Zeit der Beweis auch ohne Präsumtion zumeist nicht schwierig sein wird, andererseits aber in diesem Falle dem Erwerber auch bei einem Hervortreten des Fehlers nach der Präsumtionsfrist der Beweis des Vorhandenseins zur entscheidenden Zeit nicht abgeschnitten werden könnte, ohne ihm in nicht zu rechtfertigender Weise zu nahe zu treten, womit der Zweck der Erzielung der Rechtssicherheit und Rechtsgewißheit vereitelt wäre. Der Entwurf (§ 400 Abs. 1) spricht hiernach auch im Anschlusse an die Währschaftsgesetze von Bayern, Baden, Württemberg, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Coburg, Hohenzollern, Frankfurt und Kurhessen und Nassau, sowie an den dresd. Entw. Art. 193 weiter aus, daß die Haftpflicht nur dann eintrete, wenn der betreffende Mangel innerhalb der Präsumtionsfrist offenbar werde, ohne für den Fall eines späteren Hervortretens den Beweis des Vorhandenseins zur entscheidenden Zeit zuzulassen. Zwar ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß ein nach Ablauf der Fristen erst offenbar gewordener Fehler ausnahmsweise schon zur entscheidenden Zeit vorhanden gewesen ist, was, wie bemerkt, einzelne Gesetze veranlaßt hat, dem Erwerber bei dem Hervortreten eines Gewährmangels nach Ablauf der Gewährfrist noch den Beweis des Vorhandenseins zur entscheidenden Zeit nachzulassen. Allein dagegen streitet die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehres und den in dessen Interesse zu erzielenden Rechtsfrieden, und es rechtfertigen diese schwerwiegenden Interessen um so mehr, den fraglichen Beweis abzuschneiden, als er höchst selten zu erbringen sein wird, und das Offenlassen desselben daher nur zu aussichtslosen und chikanösen Prozessen den Weg eröffnen würde. Es hat demgemäß auch die hessische Regierung sich dafür ausgesprochen, in dem künftigen Gesetzbuche den Veräußerer unter Ausschluß des fraglichen im hess. Gesetze zugelassenen Beweises nur dann zur Gewährleistung zu verpflichten, wenn der Fehler innerhalb der Gewährfrist hervorgetreten sei. — Durch die Fassung des Entwurfes (§ 400 Abs. 1 „bis zum Ablaufe") ist weiter zum klaren Ausdrucke gebracht, daß die Haftung des Veräußerers auch begründet ist, wenn der Hauptmangel noch vor dem Beginne der Gewährfrist zum Vorscheine kam, selbstverständlich unbeschadet der Vorschriften in §§ 382, 386.

Wirkung des Fristablaufes.

Festsetzung durch Verordnung.

Die der Zeit nach mehr oder weniger auseinanderliegenden Partikulargesetze weichen in Absicht auf die Festsetzung der Gewährmängel und der Gewährfristen von einander in der größten Mannigfaltigkeit ab. Dies erklärt sich daraus, daß diese Festsetzung nur an der Hand des jeweiligen Standes der Thierheilwissenschaft erfolgen konnte. Es wird daher auch von allen denen, welche an den Gewährmängeln und Gewährfristen festhalten wollen, betont, daß ihre Festsetzung an der Hand der heutigen wissenschaftlichen Erkenntniß zu erfolgen habe und die bestehenden Gesetze demgemäß einer gründlichen Revision zu unterwerfen seien. Jede Revision wird aber gegenüber den Fortschritten der Wissenschaft nur für eine gewisse Zeit Anspruch auf eine

erschöpfende Behandlung der einschlagenden Fragen machen können. Es entsteht deshalb die Frage, ob die Bestimmung der Gewährmängel und Gewährfristen neben der gesetzlichen Feststellung der Bedeutung derselben überhaupt der ihrer Natur nach für die Dauer berechneten und schwerfälligeren Gesetzgebung vorzubehalten sei. In dem Entwurfe ist diese Frage nach Erwägung aller Umstände verneint. Der Entwurf (§ 400 Abs. 2) überläßt vielmehr die Bestimmung bezw. die spätere Ergänzung oder Abänderung der Bestimmung einer mit Zustimmung des Bundesrathes zu erlassenden Kaiserlichen Verordnung.

§ 401.

Beginn der Frist.

Der Veräußerer hat dafür zu haften, daß das veräußerte Thier in dem Zeitpunkte, in welchem die Gefahr des Thieres auf den Erwerber übergeht, von Hauptmängeln frei ist (§§ 381, 399; vergl. §§ 463, 465, 257, 368). Der Anfangspunkt für den Beginn der Gewährfrist ergiebt sich hiernach von selbst. Dieselbe muß auf jenen Zeitpunkt zurückreichen, darf aber, wenn sie praktisch sein soll, nur nach ganzen Tagen berechnet werden. Sie beginnt also nach den Regeln der §§ 148, 149 mit dem Ablaufe des Tages, an welchem das Thier dem Erwerber übergeben worden oder vorher die Gefahr des Thieres auf den Erwerber übergegangen ist. In gleicher Weise haben die meisten neueren Gesetze, ungeachtet des sonst in Ansehung der Mängelgewährpflicht geltenden gemeinen Rechtes bestimmt (z. B. Bayern Art. 1, Württemberg Art. 2, Baden Art. 2, Großh. Hessen Art. 9, Kurhessen §§ 1, 2, Hessen-Homburg Art. 9, Frankfurt Art. 1, Hohenzollern Art. 2, Sachsen-Meiningen 1844 Art. 8, Coburg Art. 1, Gotha § 3, dresd. Entw. Art. 193)[1]).

§§ 402, 403.

Vermuthung.

Daß im Falle des Hervortretens eines zu vertretenden Mangels während der Gewährfrist das Bestehen des Mangels zu der kritischen Zeit vermuthet wird, ist bereits zu § 400 erörtert.

Vorauss.: Anzeige des Mangels,

Verschiedene Gesetze statuiren, wie schon ältere deutsche Rechte, eine Pflicht des Erwerbers eines Hausthieres zur sofortigen oder binnen einer gewissen Frist zu machenden Anzeige des entdeckten Gewährmangels an den Veräußerer oder bei Gericht, wobei die einen Gesetzgebungen die Versäumung dieser Pflicht mit dem Verluste des Anspruches auf Gewährleistung bedrohen, andere von Erfüllung der Pflicht die Berufung auf die zu Gunsten des Erwerbers aufgestellte Rechtsvermuthung abhängig machen und wieder andere die Anzeigepflicht dem Erwerber zwar auferlegen, ohne aber Folgen an die Unterlassung zu knüpfen[2]). Auch in einem Theile der vorliegenden Gutachten wird be-

---

[1]) Ebenso das neue franz. Gesetz v. 6. August 1884 Art. 5.

[2]) Vergl. das franz. Ges. von 1838 Art. 5, bezw. von 1884 und die Gesetze von Württemberg, Hohenzollern, Waldeck, Sachsen-Gotha, Nassau, Baden, schweiz. Konkordat,

sonderer Werth auf die Festsetzung einer Anzeigepflicht des Erwerbers gelegt. Das Bedürfniß, dem Erwerber die Verpflichtung zur beschleunigten Anzeige des entdeckten Mangels an den Veräußerer selbst oder an das Gericht aufzuerlegen, ist anzuerkennen. Der Erwerber könnte anderenfalls durch Verzögerung der Klage dem Veräußerer die Möglichkeit eines Gegenbeweises gegen die Rechtsvermuthung vereiteln, da dieser der Regel nach durch sofortige Besichtigung und Untersuchung des Thieres bedingt ist. Dieser Grund kann jedoch nicht dazu führen, den Erwerber bei Verzögerung der Klage oder Anzeige des Anspruches selbst für verlustig zu erklären; jener Besorgniß ist schon dadurch begegnet, daß dem Erwerber, falls er mit der Klage oder Anzeige säumt, die Berufung auf die Rechtsvermuthung versagt wird. Eine dahin gehende Bestimmung erscheint aber im Interesse des Veräußerers zu dessen Schutze und zur Verhütung einer einseitigen Begünstigung des Erwerbers geboten; denn wenn auch dieser schon im eigenen Interesse behufs der Feststellung, daß der fragliche Gewährmangel innerhalb der Gewährfrist hervorgetreten, darauf hingewiesen ist, sich die Beweismittel hierfür rechtzeitig zu verschaffen, so bietet dies keine genügende Gewähr dafür, daß hierbei auch das entgegenstehende Interesse des Veräußerers in Absicht auf den Gegenbeweis gewahrt werde; vielmehr kann dies nur dadurch geschehen, daß entweder der Veräußerer selbst in die Lage gesetzt wird, sich den Beweis rechtzeitig zu sichern, oder daß das Gericht mit der Beweisaufnahme befaßt wird. Diesem Zwecke dient die Pflicht des Erwerbers, dem Veräußerer den Mangel anzuzeigen (vergl. § 75). Dasselbe wird erzielt, wenn der Erwerber Klage wegen des Mangels gegen den Veräußerer erhebt. Ebenso ist aber den Interessen des Veräußerers gedient, wenn der Erwerber unter Bezeichnung des Mangels nach Maßgabe der Bestimmungen der C. P. O. §§ 447 ff. wegen Sicherung des Beweises bei dem Gerichte die Beweisaufnahme durch Vernehmung von Sachverständigen beantragt und das Gericht diesem Antrage, auch wenn die in § 449 Nr. 4 der C. P. O. bestimmte Voraussetzung des bei dem Gerichte zu stellenden Antrages nicht vorliegt, stattzugeben hat. Mit dem Antrage kann der Antrag auf Einnahme des Augenscheines und auf Vernehmung von Zeugen verbunden werden. Alle diese Wege läßt daher der Entwurf offen. In manchen Fällen kann insbesondere schon die einfache Anzeige an den Veräußerer genügen, um ohne Gericht zum Ziele zu kommen. In allen Fällen aber muß, wenn der Erwerber den Mangel mit oder ohne Erhebung der Klage anzeigt, dem Veräußerer in gleicher Weise, wie jenem, gestattet sein, Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises zu beantragen (§ 403). Bei der zur Sicherung des Beweises erfolgenden Beweisaufnahme ist der Veräußerer ohnehin zuzuziehen, soweit es nach den Umständen geschehen kann.

Klage, Sicherung des Beweises, Antrag des Erwerbers: des Veräußerers.

Betreffend den Zeitpunkt der Anzeige, so wäre den Interessen des Veräußerers am meisten gedient, wenn der Erwerber verpflichtet würde, sofort nach Erkennung des Mangels Anzeige zu machen. Allein einer solchen Be-

Zeitpunkt der Anzeige.

österr. G. B., preuß. A. L. R. I, 11 § 200; Gesetze von Hessen, Hessen-Homburg, Kurhessen, Frankfurt; preuß. Ausführ. Ges. zur C. P. O. vom 24. März 1879; dresd. Entw. Art. 196.

stimmung steht entgegen, daß die Konstatirung der Zeit der Offenbarung des Mangels und seiner Erkennung durch den Erwerber zu den größten Schwierigkeiten führen und die Nothwendigkeit solcher Konstatirung prozessualen Chikanen die Thür öffnen würde. Zwar hat das H. G. B. Art. 347 eine ähnliche Bestimmung, allein, abgesehen von der Frage, ob diese Bestimmung auf den Thierhandel, soweit hierfür besondere landesgesetzliche Vorschriften bestehen, überhaupt Anwendung findet (Nürnberger Prot. S. 1384, Hahn, Kommentar zum H. G. B., 2. Aufl., II S. 293 zu § 347; Seuffert, Archiv Bd. XXXII Nr. 72 S. 94 ff.; Entsch. des vorm. R. O. H. G. V Nr. 70 S. 320; württemb. Gerichtsbl. Bd. XI S. 271), ist sie für den Thierhandel unpraktisch; denn in der Weise, wie dies bei Waaren thunlich, läßt sich bei Viehmängeln der Zeitpunkt nicht feststellen, da die Gewährsmängel bei den Hausthieren gerade das Eigenthümliche haben, daß sie bei sofortiger Untersuchung sich nicht erkennen lassen, und für die ganze Gewährzeit die Möglichkeit besteht, daß der Mangel dem Erwerber verborgen geblieben ist. Dies führt nothwendig dahin, die Pflicht zur Anzeige an keinen früheren Zeitpunkt, als den Ablauf der Gewährfrist zu knüpfen, und zwar wird man denjenigen Gesetzgebungen beitreten müssen, welche für die Anzeige noch einen Zeitraum nach Ablauf der Gewährfrist, 24 Stunden, offen lassen (Präklusivfrist), da der Mangel erst in den letzten Stunden der Gewährfrist offenbar werden kann und in diesem Falle der Erwerber nicht im Stande ist, noch innerhalb derselben seiner Anzeigepflicht zu genügen.

§ 404.

Wandelung, nicht Minderung. a) Geltendes Recht.

Während das preuß. und österr. Recht, das waldeck'sche Gesetz, die preuß. Gesetze für den Bezirk des Appellationsgerichtes zu Cöln und für den Bezirk des Justizsenates zu Ehrenbreitstein auch beim Viehhandel die Minderungsklage neben der Wandelungsklage zulassen, ebenso das kurhess. Gesetz § 12 dem Erwerber die Wahl zwischen beiden Klagen, jedoch mit der wesentlichen Modifikation gestattet, daß der Veräußerer der Minderungsklage gegenüber bis zum Schlusse des Verfahrens statt Minderung die Wandelung, sofern sie noch thunlich, verlangen kann[1]), beschränken alle übrigen Gesetzgebungen im Anschlusse an das ältere deutsche Recht den Gewährleistungsanspruch des Erwerbers wegen der gesetzlichen Gewährsmängel in der Art, daß sie der Regel nach nur die Wandelungsklage, die Minderungsklage aber nur dann zulassen, wenn der Mangel an dem geschlachteten Thiere sich vorfindet (nass. Verordn. von 1791, die Gesetze für Bayern Art. 4, Sachsen § 927, Württemberg Art. 4, Baden Art. 4, Hessen Art. 13, Sachsen-Meiningen [1844] Art. 16, Sachsen-Coburg Art. 4, Sachsen-Gotha § 8, Hessen-Homburg Art. 13, Hohenzollern Art. 4, Frankfurt

---

[1]) Auch nach dem neuen franz. Gesetze hat der Käufer die Wahl zwischen der Wandelungs- und der Minderungsklage; der letzteren kann aber der Verkäufer mit dem Erbieten begegnen, das Thier unter Rückgabe des Kaufpreises und Ersatz der dem Käufer durch den Kauf verursachten Kosten zurückzunehmen.

Art. 7, ebenso das schweiz. Konkordat von 1853 §§ 3 und 17 und der dresd. Entw. Art. 198). Die Gründe für den Ausschluß der Minderungsklage sind durchaus praktischer Natur. Es spricht dafür die Rechtseinfachheit und die Gefahr eines Mißbrauches der Minderungsklage; weitläufige und bei lebenden Thieren der Natur der Sache nach stets unsichere Schätzungen werden dadurch vermieden; zugleich wird der Unbilligkeit begegnet, daß der Käufer, der vielleicht trotz des Mangels ein gutes Geschäft gemacht hat, sich durch die Minderungsklage einen weiteren Vortheil verschaffen kann, und der Verkäufer, der vielleicht bei Zurücknahme des Thieres vor Schaden sich wahren kann, durch die Minderung in erheblichen Schaden gebracht wird. Wo demgemäß die Minderungsklage ausgeschlossen ist, hat sich dies als durchaus praktisch und angemessen bewährt und ist das Bedürfniß einer Aenderung der Gesetzgebung niemals hervorgetreten; wohl aber haben sich gewichtige Stimmen dafür erhoben, den regelmäßigen Ausschluß der Minderungsklage beim Viehhandel allgemein eintreten zu lassen. Jenen praktischen Erwägungen ist auch in dem Entwurfe (Abs. 1) entscheidende Bedeutung beigelegt. Die Bestimmung des Entwurfes gilt aber auch dann, wenn der Mangel sich erst am geschlachteten Thiere gefunden hat. Für die Zulassung des Minderungsanspruches in letzterem Falle besteht in der That kein Bedürfniß, zumal im Hinblicke auf die Bestimmungen in Abs. 2. Hiernach kann nämlich der Erwerber, abweichend von der Vorschrift des § 387, die Wandelung insbesondere auch dann verlangen, wenn und obgleich er das fragliche Thier deshalb nicht zurückgeben kann, weil er den Untergang (Tod) desselben (vorsätzlich oder fahrlässig) herbeigeführt oder über dasselbe verfügt hat (§ 430 Nr. 1, 3), sowie wenn und obgleich er das Thier mit einem von ihm nicht zu beseitigenden Rechte eines Dritten belastet, z. B. es verpfändet hat. An die Stelle der Zurückgabe des Thieres tritt hier die Pflicht zur Vergütung des Werthes, welchen das Thier zu der Zeit hatte, in welcher der Erwerber die sonst nach den Vorschriften des § 430 die Wandelung ausschließende Handlung vorgenommen hat. Die Beilegung des Rechtes der Wandelung auch in den bezeichneten Fällen kann mit der im Entwurfe bestimmten Modifikation zu keinen praktischen Uebelständen führen, welche letztere sich allerdings ergeben müßten, wenn statt des Rechtes der Wandelung das Recht der Minderung zugestanden würde. Im Uebrigen greifen die allgemeinen Vorschriften über das Recht der Wandelung Platz.

b) Standpunkt des Entwurfes.

Veräußerung einer Heerde ꝛc.

Mehrere der die Gewährleistung beim Viehhandel betreffenden neueren Gesetze enthalten besondere Bestimmungen über die Wandelung für den Fall, wenn eine Heerde Gegenstand der Veräußerung war, oder wenn Zugthiere als Paare, Gespann oder Züge veräußert worden sind (Hessen Art. 11, Bayern Art. 7, Frankfurt Art. 8, Hessen-Homburg Art. 11, 12, Meiningen Art. 19, Sachsen-Coburg Art. 7, Sachsen-Gotha § 11)[1]). Einer solchen be-

[1]) Nach dem franz. Ges. vom 6. August 1884 ziehen Schafpocken, wenn auch nur bei einem Thiere einer Schafheerde entdeckt, die Redhibition der ganzen Heerde nach sich, wenn dieselbe das Zeichen des Verkäufers trägt.

sonderen Bestimmung, die in einem Spezialgesetze als zweckmäßig erscheinen konnte, bedarf es nicht, da die allgemeinen Bestimmungen (§§ 389, 391) für die Beurtheilung der hervorgehobenen Fälle ausreichen und zu einer abweichenden Bestimmung kein Grund vorliegt.

Veräußerung von Mutterthieren mit ihren Jungen.

Eine weitere Spezialbestimmung bezieht sich auf den Fall, wenn Mutterthiere mit ihren Jungen veräußert worden sind; hier beschränken die Gesetze von Großh. Hessen Art. 5, Hessen-Homburg Art. 5, Meiningen Art. 5, Frankfurt Art. 6 und das sächs. G. B. § 919 die Gewährleistung auf die ersteren. Das meining. Gesetz von 1844 schließt sogar bei der Veräußerung einjähriger Pferde oder Rinder die Gewährpflicht auch dann aus, wenn sie ohne das Mutterthier veräußert werden. Der für eine derartige Beschränkung der Gewährpflicht geltend gemachte Zweckmäßigkeitsgrund, daß bei Zulassung der Mängelgewähr wegen der Jungthiere die Kosten des Rechtsstreites in den meisten Fällen den Werth des Streitgegenstandes überschreiten würden, kann nicht genügen, die Gewährschaftsklage auszuschließen, sofern sie sonst für zulässig zu erachten ist. Es wird bei einem Handel kaum vorkommen, daß die Jungthiere überhaupt außer Berechnung bleiben, und für die Fälle, wo dies zutrifft, bedarf es keiner besonderen Bestimmung. Für die anderen Fälle aber ist kein genügender Grund abzusehen, welcher zu einer Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen (vergl. § 389 Abs. 2, § 390) berechtigen würde. Für diejenigen Fälle, in welchen die Jungthiere die Hauptsache oder den einzigen Gegenstand der Veräußerung bilden, fehlt es ohnedies an einem ausreichenden Grunde, die Gewährpflicht allgemein auszuschließen.

Ansteckende Krankheit eines von mehreren veräußerten Thieren.

Nach dem bayr. Währschaftsgesetz Art. 8 und dem coburg. Ges. Art. 8 kann, wenn mehrere Stücke Rindvieh oder Schafe durch ein Rechtsgeschäft veräußert worden sind und eines oder mehrere dieser Stücke mit einer in dem Gesetze bezeichneten ansteckenden Krankheit behaftet sind, der Erwerber die Aufhebung des ganzen Vertrages verlangen, und in ähnlicher Weise bestimmen die preuß. Gesetze für den Appellationsgerichtsbezirk Cöln und für den Bezirk des Justizsenates zu Ehrenbreitstein, daß, wenn mehrere Thiere gleicher Art verkauft werden und bei einem derselben als Gewährsmangel eine ansteckende Krankheit nachgewiesen sei, der Erwerber die Zurücknahme sämmtlicher Thiere fordern könne, wenn sie bei dem Verkäufer mit einander in Berührung gekommen seien. Ebenso haben der deutsche Landwirthschaftsrath, der deutsche Veterinärrath, die preuß. technische Deputation für das Veterinärwesen und der sächs. Landeskulturrath die Aufnahme der gleichen Bestimmung befürwortet, während sich das hess. Hofgericht zu Gießen und das braunschw. Obergericht zu Wolfenbüttel gegen diese Bestimmung ausgesprochen haben. Es geht hieraus und aus dem Stillschweigen der großen Mehrheit der Währschaftsgesetze über die aufgeworfene Frage hervor, daß die Ansichten hinsichtlich der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der fraglichen Bestimmung keineswegs übereinstimmen. Für dieselbe wird geltend gemacht, es seien, wenn in einem Viehbestande ein Thier mit einer ansteckenden Krankheit behaftet sei, alle Thiere des Bestandes der Aufnahme des Ansteckungsstoffes ausgesetzt, und sei, da das Inkubationsstadium der meisten ansteckenden Krankheiten verschieden sei und je nach der Empfänglichkeit der Thiere und manchen anderen Ursachen

auf Wochen und selbst auf Monate sich erstrecken könne, unmöglich von vornherein erkennbar, bei welchen Thieren etwa das Kontagium gehaftet habe und auf welche der Keim zur späteren Erkrankung noch nicht übergegangen sei, so daß alle Thiere für längere Zeit dem Verdachte der Ansteckung unterworfen blieben und in Folge dessen nicht oder nur schwer verkäuflich seien. Es wäre daher unbillig, in solchen Fällen dem Käufer einen Gewährleistungsanspruch nur in Beziehung auf diejenigen Thiere, bei welchen die Krankheit bereits ausgebrochen sei, nicht auch bezüglich der übrigen verdächtigen Thiere zu geben, was zudem die für den Erwerber höchst lästige Folge hätte, daß er gemäß der allmäligen Ausbreitung der Krankheit für einzelne Thiere des erworbenen Bestandes verschiedene Prozesse nach einander anhängig machen müßte. Allein die Billigkeit, welche in der Ausdehnung der Gewährleistungspflicht des Veräußerers auch auf die blos verdächtigen Thiere und in seiner Verpflichtung zur Zurücknahme derselben dem Erwerber gegenüber liegt, enthält andererseits eine Ungerechtigkeit gegen den Veräußerer, dem auf den bloßen Verdacht der Ansteckung hin die Zurücknahme der veräußerten Thiere zugemuthet wird, während vielleicht in Wirklichkeit eine solche Ansteckung überhaupt nicht stattgefunden hat oder erst nach dem entscheidenden Zeitpunkte erfolgt ist. Ist die Ansteckung erst nach dieser Zeit erfolgt, so fehlt für einen Gewährleistungsanspruch die erste Voraussetzung, und könnte nur etwa ein Schadensersatzanspruch in Frage kommen, wenn dessen Voraussetzungen zutreffen; es bestände in diesem Falle aber kein Unterschied, ob das mit der ansteckenden Krankheit behaftete Thier die übrigen von dem Veräußerer erworbenen Thiere oder aber Thiere, welche der Erwerber zuvor schon besessen, angesteckt haben möchte. Hierzu kommt, daß nach dem von dem Entwurfe angenommenen Prinzipe der Veräußerer nur für die innerhalb der Gewährfrist hervorgetretenen Gewährsmängel haftet und bei einem späteren Hervortreten des Mangels angenommen wird, es sei dieser erst nach der Uebergabe entstanden. Auch der Umstand, daß die mit dem kranken Thiere zugleich erworbenen übrigen Thiere schon vor der Uebergabe bei dem Veräußerer mit jenem in Berührung gekommen, vermöchte nur den Verdacht einer schon vor der Uebergabe erfolgten Ansteckung zu begründen; tritt aber die Krankheit nicht innerhalb der Gewährfrist bei den anderen Thieren hervor, so ist damit jener Verdacht widerlegt und eben damit einem auf diese Thiere sich erstreckenden Gewährleistungsanspruch der Boden entzogen. Offenbart sich dagegen die Krankheit innerhalb der Gewährfrist auch bei den übrigen Thieren, so ist der Veräußerer schon nach der diesfälligen allgemeinen Bestimmung zur Gewährleistung verbunden. Hiernach stehen, trotz der mehrseitigen Befürwortung, überwiegende Bedenken dagegen, die fragliche Bestimmung in ein neues Gesetz aufzunehmen.

§§ 405, 406.

Die Frage, wer im Falle der Wandelung die Kosten der Fütterung und Pflege, sowie der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung des Thieres zu tragen habe, ist von großer Bedeutung für den Werth des Rechtes der Wandelung überhaupt, da diese Kosten schnell zu bedeutender Höhe anwachsen Fütterungs- ꝛc. Kosten; Nutzungen.

und bei kranken Thieren eine Ausgleichung durch den von dem Thiere zu ziehenden Nutzen sich selten erzielen läßt. In den meisten neueren Gesetzgebungen hat daher auch diese Frage besondere Regelung gefunden. Uebereinstimmung herrscht darüber, daß insoweit, als der Erwerber Nutzungen (§ 793) von dem Thiere wirklich gezogen hat, diese von seinem Aufwande in Abzug zu bringen sind. Es wird aber die Frage, ob der Erwerber das an sich vielleicht arbeitsfähige Thier zu benutzen oder zu verwenden habe und nur den durch den Nutzen nicht gedeckten Betrag der Fütterungs- und Verpflegungskosten fordern könne, oder ob er das Thier unbenutzt lassen und ohne Rücksicht auf einen zu erzielenden Nutzen die Kosten der Fütterung und Pflege ersetzt verlangen könne, auf dem Boden des gemeinen Rechtes und des preuß. A. L. R., wie der neueren Partikulargesetzgebungen verschieden beantwortet; auch herrscht keine Uebereinstimmung in Ansehung des Zeitpunktes, von welchem an dem Erwerber, der mit der Wandelungsklage obgesiegt hat, ein Anspruch auf Ersatz jener Kosten zuerkannt wird. Das preuß. A. L. R. und mehrere der jüngeren Spezialgesetze enthalten diesfalls keine Bestimmung; in der Praxis wird jedoch angenommen, daß der Erwerber die Fütterungs- und Verpflegungskosten für die Zeitdauer des Rechtsstreites nur dann und insoweit ersetzt verlangen kann, als es ihm unmöglich gewesen, einen entsprechenden Nutzen von dem Thiere zu ziehen, oder daß auf Antrag der Parteien eine gerichtliche Sequestration des Thieres auf Kosten des unterliegenden Theiles angeordnet werden könne. Im Gegensatze hierzu verpflichten das sächs. G. B. § 928, sowie die Gesetze von Bayern Art. 5, Kurhessen § 14, Meiningen Art. 17 und 18, Gotha § 9 Ziff. 3 und Coburg Art. 5 Abs. 3, ebenso der dresd. Entw. Art. 199 den Verkäufer zum Ersatze der Fütterungs- und Pflegekosten von der Uebergabe des Thieres an den Erwerber an, die Gesetze von Württemberg Art. 5, Baden Art. 5, Hohenzollern Art. 5 und Frankfurt Art. 9 von dem Verzuge des Veräußerers in der Rücknahme des Thieres an, mit der Maßgabe, daß der Erwerber nur den aus dem Thiere wirklich gezogenen Nutzen sich dagegen in Aufrechnung bringen zu lassen habe. Der Kosten der thierärztlichen Behandlung und Untersuchung ist nur in den Gesetzen von Bayern, Kurhessen, Meiningen, Coburg, Gotha und im dresd. Entw. besonders gedacht. Der durch das Recht der Wandelung dem Erwerber gegebene Rechtsschutz wird wesentlich verringert, wenn er die Kosten der Fütterung und Pflege des Thieres nur dann und insoweit verlangen darf, als er einen Nutzen aus dem Thiere nicht ziehen konnte. Einen zweckmäßigen und den Verhältnissen entsprechenden Gebrauch von einem fehlerhaften Thiere zu machen, ist der Erwerber selten in der Lage; auch kann er dasselbe mit Rücksicht auf dessen mögliche Verschlechterung nicht vermiethen. Es ist demzufolge zweckmäßig, dem Erwerber das Recht auf Ersatz der Fütterungs- und Verpflegungskosten einzuräumen, ohne ihn zur Benutzung des Thieres zu verpflichten. Diese Erwägungen führen zu den Vorschriften des Entwurfes (§ 405); der Veräußerer ist hiernach zum Ersatze der fraglichen Kosten an den Erwerber unter Abzug der von diesem wirklich gezogenen Nutzungen verbunden, und zwar von der Uebergabe des Thieres an den Erwerber an, ohne Rücksicht auf den Verzug des Veräußerers in Rücknahme des Thieres. Die Kosten treffen denselben in Folge und als Theil seiner gesetz-

Geltendes Recht.

Standpunkt des Entwurfes.

lichen Gewährleistungspflicht, wenn der Vertrag in Folge der Wandelung rückgängig gemacht wird.

Dem im Prozesse obsiegenden Erwerber ist durch diese Regulirung der Kostenfrage geholfen, indem er hiernach zum vollen Ersatze seiner Auslagen gelangt. Auch ihm kann jedoch daran liegen, daß die Fütterungs- und Verpflegungskosten nicht ins Maßlose wachsen, z. B. bei zweifelhafter Zahlungsfähigkeit des Veräußerers, und auch abgesehen hiervon kann es während des Schwebens des Rechtsstreites mit Rücksicht auf die Ungewißheit des Erfolges jeder von beiden Parteien erwünscht sein, dem fortwährenden Anwachsen der Unterhaltungskosten des Thieres vorbeugen zu können. Diese Erwägung hat dazu geführt, im Falle eines Prozesses über die Wandelung jeder Partei das Recht einzuräumen, alsbald, wenn die Besichtigung des Thieres nicht mehr erforderlich ist, die öffentliche Versteigerung desselben und die öffentliche Hinterlegung des Erlöses (§ 280) zu verlangen (§ 406)[1]. Versteigerung des Thieres.

§ 407.

Nach dem preuß. A. L. R., dem österr. G. B. und dem sächs. G. B. bestehen für die Verjährung des Gewährleistungsanspruches beim Viehhandel keine besonderen Bestimmungen, vielmehr gilt, was bezüglich der Verjährung des Gewährleistungsanspruches überhaupt bestimmt ist (d. h. Verjährungsfrist von sechs Monaten: preuß. A. L. R. I, 5 §§ 343—345, österr. G. B. § 933, sächs. G. B. § 923). Es ist heutzutage allgemein anerkannt, daß diese Frist beim Viehhandel einer Verkürzung bedarf, und diese Erkenntniß ist auch in der neueren Gesetzgebung, wenn auch in verschiedenartiger Weise, zum Ausdrucke gekommen. Es sind diesfalls drei Gruppen von Gesetzen zu unterscheiden: die erste derselben beschränkt sich lediglich auf eine Abkürzung der Frist, ohne in Absicht auf deren Anfangspunkt etwas zu ändern; die zweite Gruppe kürzt nicht nur die Verjährungsfrist ab, sondern bestimmt weiter, daß sie vom Ablaufe der gesetzlichen oder bedungenen Gewährfrist an zu berechnen sei, und eine dritte Gruppe wirft die Verjährungsfrist mit der Gewährfrist zusammen. Zu der ersten Gruppe gehören die Währschaftsgesetze des Großherzogthumes Hessen und von Hessen-Homburg, wonach Wandelungs- und Minderungsklage mit dem Ablaufe von 90 Tagen von der Uebergabe des Thieres an, sowie die preuß. Gesetze für den Appellationsgerichtsbezirk Cöln und für den Bezirk des Justizsenates zu Ehrenbreitstein, wonach Klage und Einrede binnen 42 Tagen, vom Tage nach Uebergabe des Thieres an, bei Verlust des Anspruches zu erheben sind. Die zweite Gruppe wird gebildet durch die Währschaftsgesetze von Bayern, Coburg und Frankfurt, wonach der Anspruch verjährt, wenn er nicht innerhalb 14 Tagen nach Ablauf der Gewährfrist erhoben wird (s. auch bayr. Ausf. Ges. zur C. P. O. vom 23. Februar 1879 Art. 75)[2]. Zu der Verjährung: a) Wandelungsrecht; geltendes Recht;

---

[1]) S. die Gesetze für Bayern, Württemberg, Baden, Hessen, Kurhessen, Hessen-Homburg, Coburg, Hohenzollern, Frankfurt, dresd. Entw. Art. 200.

[2]) Vergl. auch das meiningensche Ges. von 1844, die Gesetze für Gotha (§ 13), Kurhessen und das preuß. Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 24. Juni 1879.

dritten Gruppe gehört das in Elsaß-Lothringen geltende franz. Ges. v. 20. Mai 1838 (Art. 3 und 4), wonach die Klage innerhalb der Gewährfrist anzubringen ist[1]), sowie die Währschaftsgesetze von Baden, Württemberg und für Hohenzollern, welche gleichfalls vorschreiben, daß die Klage innerhalb der gesetzlichen oder verabredeten Gewährfrist erhoben werden müsse und nur in dringenden Fällen nachlassen, daß anstatt der Klage eine Anzeige des Mangels des Thieres bei Gericht erfolge, in welchem Falle dann aber die Klage selbst innerhalb weiterer 14 Tage erhoben werden muß.

Neben der mit dem Ablaufe einer längeren Zeit eintretenden Verdunkelung des Thatbestandes und der Unsicherheit des sachverständigen Urtheiles nach dem Ablaufe von Monaten und der erfahrungsgemäßen Wahrnehmung, daß nur grundlose Ansprüche erst nach längerer Zeit erhoben zu werden pflegen, kommt auch in allen Fällen das mißliche Anwachsen der Fütterungskosten in Betracht.

Standpunkt des Entwurfes; Einem Theile dieser Bedenken ist durch die Statuirung der Anzeigepflicht des Erwerbers und des Rechtes beider Theile auf öffentliche Versteigerung des Thieres die Spitze abgebrochen (§§ 402, 406). Allein die Ausübung des letzteren Rechtes setzt voraus, daß ein Rechtsstreit über das Recht der Wandelung anhängig geworden ist und, wenn auch die Anzeigepflicht und das an die Unterlassung rechtzeitiger Anzeige geknüpfte Präjudiz in der Mehrzahl der Fälle den Erwerber dazu veranlassen wird, die rechtzeitige Anzeige seines Anspruches nicht zu versäumen und dessen Geltendmachung zu beschleunigen, so ist dadurch der Veräußerer so lange, als der Anspruch nicht verjährt ist, gegen die Erhebung eines solchen nicht gesichert und bleibt so lange jener Zustand der Rechtsungewißheit bestehen, während das Verkehrsinteresse dahin drängt, solchem ungewissen Zustande baldmöglichst ein Ende zu machen. Hiernach rechtfertigt sich die Bestimmung einer besonderen kurzen Verjährung. Die Dauer der Verjährungsfrist darf, soll ihr Zweck erreicht werden, nicht geräumiger bemessen werden, als erforderlich ist, um dem Erwerber die Erhebung der Klage wegen des offenbar gewordenen Mangels zu ermöglichen, und ist, da der Veräußerer kraft des Gesetzes nur wegen der innerhalb der Gewährfrist offenbar gewordenen Mängel haftet, die Verjährungsfrist je vom Ablaufe der für den betreffenden Mangel festgesetzten Gewährfrist an zu berechnen. Von hier an gerechnet genügen aber zwei Wochen zur Erhebung der Klage. Durch die Verweisung auf den § 397 wird auch hier außer Zweifel gestellt, daß nach Vollendung der Verjährung der Hauptmangel nicht mehr einredeweise

b) Anspruch auf Schadensersatz. geltend gemacht werden kann. Mit dem Ablaufe einer gleichen Frist verjährt der Anspruch auf Schadensersatz, welcher in Gemäßheit der §§ 385, 399 darauf sich gründet, daß der Erwerber bei Schließung des Vertrages eine Eigenschaft des Thieres (bezw. das Nichtvorhandensein des Hauptmangels) besonders zugesichert und daß diese Eigenschaft damals gefehlt habe, wogegen der Schadensersatzanspruch wegen wissentlicher Verschweigung des Mangels dieser kurzen Verjährung nicht unterliegt (s. § 397 Abs. 2).

---

[1]) Ebenso franz. Ges. v. 6. August 1884.

§ 408.

Es besteht kein Grund, für den Fall, wenn die Veräußerung nicht ein individuell, sondern ein nur der Gattung nach bestimmtes Thier (§ 399) betrifft, in Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze des § 398 dem Erwerber das Recht auf die Lieferung eines anderen mangelfreien Thieres der betreffenden Gattung statt des mit einem Hauptmangel behafteten Thieres zu versagen. Dieses Recht steht ihm neben dem Rechte der Wandelung nach seiner Wahl (§ 384) zu. Macht der Erwerber von dem Rechte auf Lieferung eines anderen Thieres Gebrauch, so müssen, wie besonders hervorzuheben ist, die Vorschriften der §§ 405, 406, 407 (betreffend den Ersatz von Kosten der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie der Fütterung und Pflege des Thieres, das Recht beider Theile, die öffentliche Versteigerung des Thieres behufs der öffentlichen Hinterlegung des Erlöses, die Verjährung) entsprechende Anwendung finden. Veräußerung eines der Gattung nach best. Thieres.

§ 409.

Die Beschränkung der Haftpflicht des Veräußerers in Ansehung der in § 399 bezeichneten Thiere auf bestimmte Hauptmängel bezieht sich nur auf die gesetzliche Gewährleistung; sie schließt die besondere Verabredung der Haftung wegen anderer Mängel nicht aus (vergl. § 411). Dagegen kann der Veräußerer wegen eines nicht unter die Bestimmung des § 400 fallenden Mangels aus dem Grunde allein, weil er den betreffenden Mangel gekannt und verschwiegen habe, nicht in Anspruch genommen werden. Die in einzelnen Gesetzen (Großh. Hessen, Hessen-Homburg, Kurhessen, Frankfurt, sächs. G. B. § 927, Meiningen, Gotha, dresd. Entw. Art. 197 Abs. 1) sich findende gegentheilige Bestimmung verträgt sich kaum mit dem deutschrechtlichen Prinzipe und gefährdet jedenfalls den Zweck dieses Prinzipes, namentlich soweit derselbe auf die Verhütung verderblicher Prozesse gerichtet ist, in hohem Grade. Die Haftung des Veräußerers nach den allgemeinen Grundsätzen über die Vertretung unerlaubter Handlungen (§§ 704 ff.) bleibt jedoch unberührt. Besondere Abreden über die Gewährleistung.

Aus anzuerkennenden Gründen praktischer Zweckmäßigkeit wird in der bestehenden Gesetzgebung vielfach vorgeschrieben, daß die Mängel, auf welche die Gewährpflicht über die Hauptmängel hinaus durch Vereinbarung erstreckt werden soll, ausdrücklich und besonders bezeichnet werden müssen, daß also das allgemeine Versprechen des Veräußerers, wegen aller Mängel haften zu wollen, nur auf die gesetzlichen Hauptmängel zu beziehen ist (Gesetze von Bayern, Württemberg, Baden, Großh. Hessen, Meiningen, Coburg, Hessen-Homburg, Frankfurt a. M., Kurhessen, dresd. Entw. Art. 197 Abs. 2). Der Entwurf folgt in letzterer Hinsicht diesen Vorgängen (§ 409). Allgemeines Versprechen der Haftung für Mängel.

§ 410.

Auf die Haftung wegen eines Hauptmangels findet gemäß § 399 u. A. auch die Vorschrift des § 396 Anwendung. Zufolge dieser Vorschrift kann insbesondere durch Vereinbarung der Parteien die gesetzliche Gewährfrist ab- Abkürzung 2c. der Gewährfrist.

gekürzt oder verlängert werden. Das bad. Ges. v. 16. August 1882 (Art. I) erklärt ein die gesetzlichen Fristen abkürzendes Geding für nichtig. Hiermit ist der Schutz rechtsunkundiger Käufer gegen Uebervortheilungen der Verkäufer bezweckt, welche sich daraus ergeben, daß letztere häufig beim Verkaufe von mit einem Hauptmangel behafteten Thieren die Käufer dazu bereden, unter Abkürzung der gesetzlichen Gewährfrist sich auf die (unwirksame) Zusicherung der Haftung für alle Mängel einzulassen. Der Entwurf hat von der Aufnahme dieser Bestimmung abgesehen. Muß auch zugegeben werden, daß durch vertragsmäßige Abkürzung der Gewährfristen unerfahrene und unachtsame Käufer übervortheilt werden können und daß solche Uebervortheilungen thatsächlich vorkommen, so reicht doch dieser Mißbrauch nicht aus, um ein Abgehen von dem schwerwiegenden Prinzipe der Vertragsfreiheit zu rechtfertigen.

Form der Abrede über Gewährfreiheit ꝛc.

Andere Gesetze unterwerfen die Verabredung der Gewährfreiheit oder der Verlängerung oder Verkürzung der gesetzlichen Gewährfrist der Schriftform (Württemberg, bad. Ges. v. 16. August 1882 Art. I, Hohenzollern, Frankfurt a. M., Kurhessen). Zu einer solchen Beschränkung der Kontrahenten in Abweichung von dem Prinzipe der Formfreiheit (§ 91) liegt kein genügender Grund vor, wohl aber stehen derselben erhebliche praktische Bedenken entgegen, wobei nur an den Marktverkehr erinnert werden mag, für welchen eine derartige Bestimmung sehr hinderlich sein muß und sogar bei der Unerfahrenheit der meisten Kontrahenten (insbesondere der Käufer) in Abfassung von Urkunden selbst gefährlich werden kann.

Ist die Abkürzung oder Verlängerung der Gewährfrist wegen Hauptmängel vereinbart, so finden die Vorschriften der §§ 401—408 mit der Maßgabe Anwendung, daß die vereinbarte Gewährfrist an die Stelle der gesetzlichen tritt (vergl. Gesetze von Bayern, Coburg, Meiningen, Frankfurt a. M., dresd. Entw. Art. 195, 196). Die Ausdehnung der angeführten Vorschriften auf die bezeichneten Fälle entspricht augenscheinlich dem Parteiwillen, welcher, wenn nicht aus dem Vertrage ein Anderes erhellt, keine andere Auslegung als die zuläßt, daß die vereinbarte Frist nach den für die gesetzliche Gewährfrist bestehenden Vorschriften zu beurtheilen sei.

§ 411.

Besondere Vereinbarung erweiterter Haftung.

Der § 411 erklärt auf den Fall, wenn der Veräußerer eines Thieres (§ 399) durch **besondere** Vereinbarung mit dem Erwerber die Haftung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Mangels übernommen hat (§ 409), die Vorschriften des § 404 über die ausschließliche Zulässigkeit der Wandelungsklage und deren Zulässigkeit auch bei Unmöglichkeit der Rückgabe des Thieres, der §§ 405, 406 über die besonderen Rechte und Pflichten der Parteien in Folge der Wandelung, sowie im Falle der Veräußerung eines nur der Gattung nach bestimmten Thieres die Vorschrift des § 408, betreffend das Recht des Erwerbers auf Lieferung eines anderen Thieres, für anwendbar. Ist zugleich eine Gewährfrist vereinbart, so finden außerdem die übrigen Vorschriften der §§ 401, 402, 403, 407 entsprechende Anwendung. Die Gründe, welche für die

betreffenden Bestimmungen bei der gesetzlichen Haftpflicht maßgebend sind, treffen im Wesentlichen auch hier zu, weshalb auch davon auszugehen ist, daß die Anwendung dieser Bestimmungen der Intention der Parteien entspricht, wofern dieselben nicht ein Anderes vereinbart haben. Fehlt es in dem bezeichneten Falle an einer Vereinbarung über die Gewährfrist, so mangelt die Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften der §§ 401, 402, 403, 407. Das Gesetz muß hier durch Aufstellung einer besonderen Verjährungsfrist eingreifen. Als solche wird für den Anspruch auf Wandelung und für denjenigen auf Schadensersatz nach dem Vorgange der preuß. Gesetze für Cöln und Ehrenbreitstein und gemäß der Befürwortung durch den deutschen Veterinärrath, den deutschen Landwirthschaftsrath sowie durch die preußische technische Deputation für das Veterinärwesen die Frist von sechs Wochen bestimmt. Diese Verjährung kann, wie diejenige des § 397, nur mit dem Zeitpunkte, in welchem das Thier dem Erwerber übergeben ist, beginnen. Gewährfrist.

VI. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 412.

Doktrin und Praxis.

Nach dem im röm. Rechte geltenden Grundsatze: „alteri stipulari nemo potest“ hatte der Vertrag auf Leistung an einen Dritten regelmäßig überhaupt keine Wirkung, so daß aus dem Versprechen der Leistung an einen Nichtkontrahenten auch für den Versprechensempfänger ein Forderungsrecht nicht begründet wurde. Den wirthschaftlichen Bedürfnissen, wie solche sich im Rechtsleben geltend machten, konnte dieser Zustand auf die Dauer nicht genügen. Es mag diesfalls nur an besonders wichtige Erscheinungen im modernen Rechtsleben erinnert werden, wie die Lebensversicherungsverträge zu Gunsten Dritter, der Einkauf der Ehefrau in eine Wittwenkasse, die bäuerlichen Gutsübergaben mit Ausbedingung einer Abfindung oder sonstiger Begünstigungen oder mit Bestellung eines Leibgedinges für Dritte, Verkäufe mit Abrede von Leistungen an Dritte (vergl. auch § 512 und § 448), die Erfüllungsübernahme, insofern nach dem Vertrage der Gläubiger des Schuldners sich auch an den Uebernehmer als Schuldner soll halten können. Es ist daher die gemeinrechtliche Theorie und Praxis von lange her, obwohl unter vielen Schwankungen, weiter gedrängt worden, und in der neueren Zeit neigen sich beide mehr und mehr dahin, den Vertrag auf Leistung an einen Dritten, bei welchem also der Versprechensempfänger nicht als Stellvertreter des Dritten, sondern im eigenen Namen kontrahirt, nicht nur als für die Vertragschließenden gültig und bindend anzuerkennen, sondern auch dem Dritten ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden einzuräumen. Daß durch den Vertrag für den Empfänger des Versprechens ein wirksames Forderungsrecht auf die Leistung an den Dritten begründet werden kann, wird heutzutage nicht bezweifelt (Windscheid § 316 Nr. 1). Dies braucht auch für den Entwurf (vergl. § 206) nicht besonders hervorgehoben zu werden. Die Frage ist vielmehr, ob durch den Vertrag für den Dritten, welcher den Vertrag nicht geschlossen hat, ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden geschaffen werden kann. Ueber die Begründung dieses Forderungsrechtes des Dritten

gehen aber die Meinungen noch sehr auseinander. Zwei Ansichten stehen sich in der Hauptsache gegenüber, deren eine, davon ausgehend, es sei eine rechtliche und logische Unmöglichkeit, daß der Dritte ohne seine Mitwirkung unmittelbar aus dem einem Anderen gegenüber zu seinen Gunsten gegebenen Versprechen ein eigenes Forderungsrecht erwerben könne, dem unleugbaren Bedürfnisse möglichst im Anschlusse an römischrechtliche Prinzipien durch besondere Konstruktionen des Verhältnisses gerecht zu werden sucht (Akzeptations-Beitrittstheorie, Akzeptation einer Kollektivofferte, Durchgangs-Anwachsungstheorie), während die andere Meinung für das heutige Recht das Versprechen der Leistung an einen Dritten (pactum in favorem tertii) als allgemeines Rechtsinstitut mit der Wirkung der unmittelbaren Entstehung eines selbständigen Forderungsrechtes für den Dritten anerkennt.

Gesetzgebung. Die älteren deutschen Gesetzgebungen, wie das franz. Recht, tragen den Stempel des Entwickelungsstadiums der Doktrin zur Zeit ihrer Entstehung, und auch die Gesetzgebungsarbeiten der Neuzeit haben sich fast durchweg nicht auf den Standpunkt gestellt, welchen die jüngste Entwickelung der Theorie einnimmt. Das bayr. L. R. von 1756 Th. IV Kap. 1 § 13 läßt ohne Mitwirkung des Dritten aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage kein Klagerecht entstehen, indem dasselbe Stipulationen auf Leistungen an Dritte nur insoweit als gültig anerkennt, als dieselben ihnen nützlich sein mögen und nach der Hand von ihnen „ratifizirt" oder angenommen werden. Das preuß. A. L. R. (1794) Th. I Titel 5 §§ 74—77 (übereinstimmend der Entw. von 1831 I, 5 §§ 68—71, Motive S. 59—61) erkennt zwar prinzipiell die Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter an, giebt aber dem Dritten, der an dem Vertrage weder unmittelbar noch mittelbar (durch Stellvertretung) Theil genommen hat, ein Klagerecht nur im Falle seines (ausdrücklichen) Beitrittes zu dem Vertrage, der jedoch allein mit Bewilligung der Hauptparteien (oder, nach der Auslegung der Praxis, wenigstens desjenigen, welcher den Vortheil des Dritten sich hat versprechen lassen) erfolgen kann. So lange, als die Kontrahenten dem Dritten den Beitritt nicht angetragen haben, können sie den Vertrag im Einverständnisse unter sich (nicht einseitig) abändern oder aufheben; nach gemachtem Antrage zum Beitritte müssen die Kontrahenten die Erklärung des Dritten über die Annahme abwarten, sind also während der Erklärungsfrist auch dem Dritten gegenüber an ihr Wort gebunden. Mit dem Beitritte erlangt der Dritte gegen den Promittenten eine eigene, selbständige Klage. So ausnahmslos diese Bestimmungen sind, erkennt doch die preußische Praxis, gedrängt durch die Bedürfnisse des Rechtslebens, bei Gutsübergabeverträgen zwischen den Eltern und einem ihrer Kinder mit Abfindungen zu Gunsten der anderen Kinder ein Klagerecht der letzteren an, ohne deren vorgängige Beitrittserklärung zu erfordern, freilich nur, indem man die fraglichen Verträge unter die Kategorie der Stellvertretung bringt und annimmt, daß die Eltern bei diesen Verträgen ihre Kinder vertreten (Eccius a. a. O. I § 75 S. 435 ff., Dernburg II § 20 Nr. 1). Auch bei Lebensversicherungen läßt die Praxis ein unmittelbares Klagerecht des versicherten Dritten ohne Beitritt entstehen (Eccius I S. 438, II § 146 S. 419, Dernburg § 20 Nr. 2; Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 68 S. 188 ff., Nr. 185 S. 378 ff.).

Das franz. Recht (code civil Art. 1165, 1119, 1121) hält noch an der Regel des röm. Rechtes fest und läßt demzufolge nur in bestimmten Ausnahmefällen das Versprechen der Leistung an einen Dritten zu, welches aber bis zur Akzeptation durch den Dritten widerrufen werden kann. Nach Art. 1121 ist Stipulation zu Gunsten eines Dritten zulässig, „lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un autre“ (bad. L. R. Satz 1121)[1]). Die Jurisprudenz fügt den Fall bei, wenn das Versprechen mit einem Strafgedinge versehen ist. Ob für den Dritten durch die Akzeptation ein Forderungsrecht begründet werde oder ob ein solches nur für den Versprechensempfänger entstehe, läßt der code civil unentschieden. In Art. 1973 ist weiter bestimmt, daß ein Leibrentenvertrag auch zu Gunsten eines Dritten geschlossen werden könne, ohne daß über die Konsequenzen etwas gesagt wäre. Das österr. G. B. kennt überhaupt keine Verträge auf Leistung an einen Dritten; es kann nach § 881, außer in den vom Gesetze bestimmten Fällen, Niemand für einen Anderen ein Versprechen annehmen; jene Fälle sind aber nur solche der Stellvertretung (vergl. besonders §§ 1017, 1019). Der hess. Entw. I Art. 191, 193 (Motive S. 105, 106) geht gleichfalls von der regelmäßigen Wirkungslosigkeit der Verträge auf Leistung an einen Dritten aus, läßt aber, im Anschlusse an das röm. Recht, für den Versprechensempfänger, wenn dieser in eigenem Vermögensinteresse die Leistung an den Dritten sich hat versprechen lassen, ausnahmsweise ein Forderungsrecht auf Erfüllung des Versprechens entstehen und dieses Forderungsrecht vermöge fingirter Zession auf den Dritten übergehen. Auch wird, wenn das Versprechen zu Gunsten des Dritten unter einem Strafgedinge gegeben worden, der nicht erfüllende Versprechende zur Strafzahlung an den Versprechensempfänger verpflichtet. Der bayr. Entw. II Art. 33, 34 (Mot. S. 65) schließt sich im Wesentlichen an das preuß. A. L. R. an und geht nur darin noch weiter auf das röm. Recht zurück, als das Klagerecht des Versprechensempfängers von der Existenz eines eigenen vermögensrechtlichen Interesses desselben an der dem Dritten versprochenen Leistung abhängig gemacht ist. Das sächs. G. B. §§ 853—856 hat sich der neueren Rechtsanschauung mehr genähert; dasselbe läßt dem Dritten ebenso wie dem Versprechensempfänger unmittelbar aus dem Vertrage ein Recht auf Erfüllung entstehen, wenn das Versprechen der Leistung an den Dritten in der Absicht gegeben wurde, Beiden verpflichtet zu sein. Ein vom Willen des Promissars unabhängiges, selbständiges Recht aus dem Vertrage erwirbt der Dritte aber erst von der Zeit an, wo er dem Vertrage beitritt oder die zu seinen Gunsten gereichende Leistung annimmt, während bis dahin der Versprechensempfänger den Versprechenden von der übernommenen Verbindlichkeit befreien kann. Auch der dresd. Entw. Art. 203—207 giebt dem Versprechensempfänger sowohl als dem Dritten ein Recht auf Erfüllung des zu Gunsten des Dritten gegebenen Versprechens; allein unmittelbar aus dem Vertrage erwirbt nur der Versprechensempfänger ein Forderungsrecht, der Dritte ist nur zur Geltendmachung dieses Forderungsrechtes ermächtigt, er hat

---

[1]) Vergl. zum zweiten Falle des Art. 1121 den § 448 Abs. 1 des Entwurfes, l. 3 Cod. de don. sub mod. 8,55 und Windscheid § 316 Nr. 2a.

actio mandata, soweit dies der Absicht der Vertragschließenden entspricht. Durch das praktische Bedürfniß gedrängt, schließt der dresd. Entw. den Widerruf schon dann aus, wenn der Dritte dem Schuldner erklärt hat, die Leistung für sich in Anspruch nehmen zu wollen, indem nach Analogie der Anweisung angenommen wurde, daß der Dritte sich hierdurch in ein selbständiges Schuldverhältniß zu dem Schuldner gesetzt habe, welches der Einwirkung des Versprechensempfängers entzogen sei. Weiter bestimmt der dresd. Entw., daß Forderungen des Schuldners an den Versprechensempfänger dem Dritten nicht in Aufrechnung gebracht werden können, was vom Standpunkte jenes Entw. aus gleichfalls nur als eine den Bedürfnissen und Erscheinungen des Rechtslebens gemachte Konzession sich erklärt. Während das zür. G. B. § 950 auf einem weit zurückliegenden Standpunkte sich befand, indem hiernach der Dritte, für welchen ohne Ermächtigung desselben sich Jemand eine Leistung versprechen läßt, ein Forderungsrecht nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung oder durch Zession erwerben sollte, wird dagegen durch das schweiz. Bd. Ges. Art. 128 nicht nur dem Versprechensempfänger ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten, sondern nach dem hierauf gerichteten Willen der Vertragschließenden auch dem Dritten ein selbständiges Recht zugesprochen, die Leistung an ihn zu verlangen, ohne daß es diesfalls seines Beitrittes oder einer Akzeptation des Versprechens von seiner Seite bedarf. Nur der Ausschluß des Rechtes des Versprechensempfängers, den Schuldner zu entbinden, wird, in Uebereinstimmung mit dem dresd. Entw., davon abhängig gemacht, daß der Dritte dem Schuldner seine Absicht, von dem ihm zustehenden Forderungsrechte Gebrauch zu machen, erklärt habe. Nicht erst von dieser Denunziation an, sondern schon von Anfang an kann aber der Schuldner mit einer Forderung gegen den Versprechensempfänger dem Dritten gegenüber nicht kompensiren (Art. 135, Schneider und Fick, Kommentar S. 119, 124).

Entwurf: a) Unmittelbare Entstehung des Forderungsrechtes des Dritten.

Die Anerkennung des pactum in favorem tertii als eines allgemeinen Rechtsinstitutes mit der Wirkung der unmittelbaren Entstehung eines Forderungsrechtes für den Dritten entspricht heutzutage für die Mehrzahl der in Betracht kommenden Verhältnisse allein dem Bedürfnisse und der im Rechtsleben herrschenden Intention. Auf Grund der Anerkennung des pactum in favorem tertii mit der bezeichneten Wirkung ist deshalb das Institut in dem Gesetzbuche zu regeln, wenn auch die Beurtheilung des einzelnen Falles nach der Richtung offen zu halten ist, ob in concreto für die Entstehung des Forderungsrechtes des Dritten dessen Mitwirkung in einem bestimmten Sinne erforderlich sein soll. In keinem Falle ist schon nach dem allgemeinen Grundsatze des Entwurfes (§ 206) die Gültigkeit und Wirksamkeit des Versprechens zu Gunsten eines Dritten von einem besonderen Interesse des Versprechensempfängers an der für den Dritten versprochenen Leistung abhängig. Wenn hiernach die Vorschriften des Entwurfes auf der Anerkennung des Grundsatzes beruhen, daß durch Vertrag zwischen zwei Personen für einen an dem Vertrage nicht betheiligten (nicht vertretenen) Dritten unmittelbar, ohne daß irgend eine Mitwirkung, Akzeptation (im Sinne der Annahme einer Offerte) oder ein Beitritt desselben zu dem Vertrage nöthig ist, ein selbständiges Forderungsrecht auf die Leistung, zu welcher sich in dem Vertrage der eine Vertrag-

schließende (Promittent) verpflichtet hat, begründet werden kann, so mögen, insofern der geeinte Wille der Vertragschließenden, als dessen Resultat das Versprechen der Leistung an den Dritten entsteht, im Verhältnisse zu dem Dritten als ein einseitiger erscheint, die Vorschriften mit der Regel „das einseitige Versprechen ist nicht bindend" nicht im Einklange stehen, zumal in dem Falle, wenn weiter bedungen ist, daß dem Dritten Einreden aus dem Vertrage nicht entgegengestellt werden dürfen (§ 416). Allein jene Regel ist keineswegs als ein keine Ausnahmen zulassendes Axiom aufgestellt (§§ 343, 344). Jedenfalls kann und darf aber aus den Vorschriften des Entwurfes nicht gefolgert werden, daß die Bestimmung zu Gunsten des Dritten stets als ein besonderes von dem Vertrage losgelöstes Rechtsgeschäft und der Promittent stets als derjenige zu betrachten sei, von welchem die Zuwendung an den Dritten ausgehe, sofern nicht ein Anderes bestimmt worden.

Beweis für das Recht des Dritten.

Da der Vertrag, durch welchen die Leistung an einen Dritten versprochen wird, auch in dem Sinne geschlossen sein kann, daß aus demselben nur die Vertragschließenden Rechte erwerben, und nur die Möglichkeit gegeben ist, durch den Vertrag auch das Recht des Dritten zu begründen, so kann nur der Wille der Vertragschließenden darüber entscheiden, welchen Inhalt der Vertrag haben soll. Ist die unmittelbare Berechtigung des Dritten nicht gewollt, so tritt sie nicht ein. Der Entwurf (§ 412) stellt keine Vermuthung dafür auf, daß die unmittelbare Berechtigung des Dritten auf die Leistung von den Vertragschließenden gewollt sei. Er läßt vielmehr die Prüfung des einzelnen Falles entscheiden (ebenso schweiz. Bd. Ges. Art. 128 Abs. 2; vergl. sächs. G. B. § 853). Allerdings muß hiernach der Dritte erforderlichenfalls erst beweisen, daß seine unmittelbare Berechtigung von den Vertragschließenden gewollt sei. Im Hinblicke auf die für die wichtigsten hierher gehörigen Verträge feststehende Verkehrsauffassung wird aber hierdurch die richtige Anwendung des Gesetzes für die Regel kaum in Zweifel gestellt und der Dritte, welcher das Recht auf die Leistung für sich geltend macht, nicht ungebührlich beschwert. Der Entwurf trifft aber auch keine Bestimmung für diejenigen Fälle, in welchen die Annahme begründet ist, daß das Recht des Dritten nicht ohne dessen Mitwirkung entstehen soll. Die Auslegung des einzelnen Falles muß ergeben, von welchem Umstande sein Recht abhängig sein soll, ob eine Beurtheilung im Sinne der Akzeptationstheorie oder im Sinne der Beitrittstheorie des preuß. A. L. R. gerechtfertigt ist. Für eine Auslegungsregel fehlt es an der erforderlichen Grundlage; aus der Erfahrung läßt sich nichts dafür entnehmen, was die Parteien im Zweifel gewollt haben. Es ist auch nicht zu fürchten, daß ohne solche Regel die richtige Auslegung gefährdet sein werde.

b) Forderungsrecht des Versprechensempfängers.

Für die Rechtsbeständigkeit des pactum in favorem tertii ist nicht erforderlich, daß der Vertragschließende, welcher das Versprechen der Leistung an den Dritten empfangen hat, auch die Leistung an den Dritten zu fordern berechtigt ist. Der Vertrag ist gültig und rechtswirksam, auch wenn nur der Dritte forderungsberechtigt sein soll. Der Entwurf stellt jedoch die Auslegungsregel auf, daß der genannte Vertragschließende in Beziehung auf die Leistung an den Dritten forderungsberechtigt sei. Dies entspricht zweifellos, sofern nicht ein Anderes aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, dem Willen der

Auslegungsregel.

Kontrahenten (schweiz. Bd. Ges. Art. 128 Abs. 1). Von selbst versteht sich, daß aus diesem Rechte des Promissars, die Bewirkung der Leistung an den Dritten zu fordern, weder er selbst oder seine Erben, noch seine Gläubiger den Anspruch ableiten können, daß die Leistung an sie erfolge. Dies stünde im Widerspruche mit dem nach dem Inhalte des Vertrages begründeten Forderungsrechte des Dritten.

Form. Die Entscheidung der Frage, ob für das etwaige Erforderniß einer Form des Vertrages (§ 91) das Verhältniß unter den Vertragschließenden als allein maßgebend anzusehen, oder auch das Verhältniß zu dem Dritten bezw. die materielle causa der Zuwendung an ihn in Betracht komme, überläßt der Entwurf der Rechtswissenschaft.

§ 413.

Zeit der Entstehung des Forderungsrechtes des Dritten. Daraus, daß der Dritte, wenn die Vertragschließenden es wollen, ein Forderungsrecht auf die zu seinen Gunsten versprochene Leistung erwirbt (§ 412), folgt nicht ohne Weiteres, daß das Forderungsrecht auch sofort mit dem Zeitpunkte der Schließung des Vertrages entstehen müsse. Vielmehr ist auch in Ansehung des Zeitpunktes, in welchem das Forderungsrecht des Dritten entstehen soll, der Wille der Vertragschließenden, wie er aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, maßgebend (Windscheid § 316a Nr. 3). Dieser Wille kann dahin gehen, daß das Forderungsrecht mit dem Vertragsschlusse sofort entstehen soll, aber auch dahin, daß es erst nach einer gewissen Frist, bei einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse oder bei Eintritt einer gewissen Voraussetzung zur Entstehung gelangen solle; insbesondere kann auch die gegenüber den Vertragschließenden oder einem derselben zu erklärende Annahme des Dritten als Bedingung gestellt sein. Was in dieser Beziehung gelten soll, kann in dem Vertrage ausdrücklich ausgesprochen oder aus den Umständen (als stillschweigend erklärt) erhellen. Giebt der Vertrag keinen besonderen Anhalt für die Entscheidung, wann das Forderungsrecht entstehen solle, so liegt die Auffassung nahe, daß der Grundsatz maßgebend sei, wonach die Rechte und Pflichten aus Verträgen mit deren Abschlusse zur Entstehung gelangen. Die Vorschrift des § 413 weist den Richter aber darauf hin, nicht sofort auf jenen Grundsatz zurückzugreifen, sondern zunächst sorgfältig zu prüfen, ob nicht nach dem Inhalte des Vertrages und der daraus zu erkennenden Absicht der Parteien ein anderer Zeitpunkt, bezw. der Hinzutritt noch einer anderweiten Thatsache erforderlich sei.

eines noch nicht Geborenen. Die Vorschrift des § 413 ist maßgebend insbesondere auch in dem Falle des Versprechens zu Gunsten eines zur Zeit der Schließung des Vertrages noch nicht geborenen Dritten. Der Dritte erwirbt das Recht auf die versprochene Leistung mit seiner Geburt (§ 3), sofern der Erwerb nach dem Willen der Vertragschließenden nicht erst in einem späteren Zeitpunkte stattfinden soll.

§ 414.

Aufhebung des Versprechens durch die Vertragschließenden. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkte das in dem Vertrage übernommene Versprechen der Leistung an den Dritten geändert oder wieder aufgehoben werden könne, hängt im Allgemeinen gleichfalls von dem aus dem Inhalte des Vertrages zu entnehmenden Willen

der Vertragschließenden ab. Der Entwurf bestimmt aber diesfalls vorsorglich, daß, so lange das Recht des Dritten auch nicht als bedingtes oder betagtes entstanden ist, das Versprechen der Leistung an den Dritten von den Vertragschließenden geändert oder aufgehoben werden kann. Ein Vertrag nämlich, durch welchen bedungen würde, der Dritte solle das unmittelbar für ihn aus dem Vertrage entspringende Recht erst später erlangen, das Recht solle selbst als bedingtes oder betagtes erst später zur Entstehung kommen, gleichwohl aber den Parteien vorher nicht erlaubt sein, unter Aenderung des Vertrages durch eine neue Vereinbarung die zu Gunsten des Dritten getroffene Uebereinkunft aufzuheben oder zu ändern, würde, weil in dem unterstellten Falle das Recht des Dritten nicht einmal als bedingtes oder betagtes bestände, eine kontraktliche Beschränkung der Dispositionsgewalt ohne gleichzeitige Begründung des der Beschränkung entsprechenden Rechtes des Dritten involviren. Die Zulassung solcher nackten Beschränkung der Dispositionsgewalt gegen die allgemeine Rechtsregel für den Fall des pactum in favorem tertii wäre in keiner Weise gerechtfertigt. An sich könnte die Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung vielleicht schon im Mangel einer die Zulassung bestimmenden Vorschrift gefunden werden. Auch mag die Frage, ob dem bezeichneten Falle eine praktische Bedeutung zukommt, zweifelhaft sein, indem eine Vereinbarung des angegebenen Inhaltes, wenn sie einmal vorkommen sollte, zunächst Anlaß zu der Frage geben wird, ob nicht die Parteien sich im Ausdrucke vergriffen und etwas Anderes, als der Wortverstand besagt, bezweckt haben. Gleichwohl empfiehlt sich die Vorschrift des Entwurfes (Satz 1) zur Lösung eines Zweifels, welcher bei dem eigenthümlichen Wesen des pactum in favorem tertii nicht ausgeschlossen ist, sodann in Rücksicht auf die Fälle, in welchen bei einem einfachen pactum in favorem tertii der Dritte eine noch nicht geborene Person ist. Auch für solche Fälle ist eine derartige Bindung der Parteien nicht statthaft. Eine Ausnahme auch nur zu Gunsten der bereits empfangenen noch nicht Geborenen enthielte zudem eine höchst bedenkliche Brechung der allgemeinen Rechtsregel, nach welcher noch nicht Geborene rechtsunfähig sind (§ 3). Dem Bedürfnisse, für jene Personen zu sorgen, kann im Wege letztwilliger Verfügung entsprochen werden.

a) vor Entstehung des Rechtes des Dritten,

Sodann stellt der Entwurf (Satz 2) die Interpretationsregel auf, daß nach der Entstehung des Forderungsrechtes des Dritten eine solche Aenderung oder Aufhebung nur zuläßig ist, wenn der Inhalt des Vertrages ergiebt, daß die Vertragschließenden die Befugniß dazu sich haben vorbehalten wollen. Ohne solchen Vorbehalt im Vertrage ist davon auszugehen, daß das einmal entstandene Recht des Dritten als ein unwiderrufliches und unentziehbares gewollt ist. Diese Regel gilt auch, wenn das Forderungsrecht nur als bedingtes oder betagtes entstanden ist. Dieselbe ist keineswegs überflüssig; sie könnte gerade für den Fall, wenn das Recht des Dritten nur als bedingtes oder betagtes entstanden ist, leicht verkannt werden.

b) nach Entstehung des Forderungsrechtes.

§ 415.

Ausschlagung des Rechtes durch den Dritten.

Der Erwerb des Forderungsrechtes, welcher nach dem Inhalte des Vertrages ohne Zuthun oder Mitwirkung des Dritten für diesen erfolgen soll

(§ 412), entspricht möglicherweise dem Willen und den Intentionen des Dritten nicht. Ihm ein Forderungsrecht aufzudrängen, liegt kein Grund vor. Der Entwurf legt der von demselben dem Versprechenden gegenüber abgegebenen Erklärung, daß er das Forderungsrecht zurückweise, die Wirkung bei, daß das Verhältniß so anzusehen ist, als ob das Forderungsrecht gar nicht entstanden wäre. Der Entwurf faßt hiernach unter der gedachten Voraussetzung das Recht des Dritten nicht als ein von der Bedingung seiner Annahme abhängiges (suspensiv bedingtes) Recht, aber auch nicht als ein dergestalt unbedingtes Recht auf, daß dasselbe nur wie jedes andere obligatorische Recht erlöschen könnte (§ 290 Erlaßvertrag), vielmehr als ein durch die einfache und einseitige Ablehnung des Dritten resolutiv bedingtes Recht, mit der Bedeutung, daß der Ablehnung rückwirkende Kraft zukommt[1]). Die Ablehnung des Forderungsrechtes hat der Dritte dem Promittenten zu erklären, nicht dem Promissar, da jener allein der Schuldner ist, deshalb seine Person bezüglich der ablehnenden Erklärung im Vordergrunde steht (s. sächs. G. B. § 856). Allerdings kann auch der Promissar bei der Ablehnung interessirt sein und von diesem Gesichtspunkte aus in Frage kommen, ob die Ablehnung nicht auch ihm gegenüber erklärt werden sollte. Eine diesbezügliche Vorschrift wäre jedoch aus praktischen Gründen nicht sachgemäß. Die Erklärung an den Promittenten wird, wie sie erforderlich ist, auch genügen. — Die Ablehnung des Forderungsrechtes ist zweifellos ein einseitiges, gegenüber dem Promittenten vorzunehmendes Rechtsgeschäft.

Einfluß auf das Vertragsverhältniß.

Welchen Einfluß die Zurückweisung des Forderungsrechtes durch den Dritten auf das Rechtsverhältniß zwischen den Vertragschließenden hat, bestimmt sich lediglich nach der Natur und dem Inhalte dieses Verhältnisses. Insbesondere ist hiernach die Frage zu beantworten, ob und inwieweit der Promissar in Folge der Ablehnung des Dritten an Stelle der Leistung an diesen eine Leistung an sich fordern dürfe.

§ 416.

Einwendungen gegen den Dritten a) aus dem Vertrage,

In Ansehung der dem Schuldner gegen den Dritten zustehenden Einwendungen beschränkt sich der Entwurf auf die Bestimmung, daß Einwendungen aus dem Vertrage zwischen dem Promittenten und Promissar dem ersteren auch gegenüber dem Dritten zustehen, wenn nicht ein Anderes aus dem Inhalte des Vertrages erhellt. Unter Einwendungen sind hier, wie sonst im Entwurfe, die Einreden im engeren Sinne und die Berufung auf ipso jure rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatumstände verstanden. Die Vorschrift rechtfertigt sich nach dem Standpunkte des Entwurfes daraus, daß das Forderungsrecht des Dritten durch den Vertrag und den Inhalt des Vertrages, wie begründet, so bestimmt wird. Hiernach entsteht insbesondere, wenn das Versprechen der Leistung an den Dritten im Verhältniß zwischen den Vertragschließenden die Natur einer Gegenleistung gegenüber einer Leistung des Promissars hat (z. B. bei Lebensversicherung zu Gunsten Dritter die

---

[1]) Vergl. §§ 1867, 1873, 2025, 2042.

Prämienzahlungen), aus der Nichterfüllung von Seiten des letzteren auch dem Dritten gegenüber eine Einrede, da, wenn nicht ein Anderes aus dem Vertrage sich ergiebt, anzunehmen ist, es solle der Dritte die Leistung nur unter der Voraussetzung von dem Versprechenden fordern können, daß diesem gegenüber von dem Promissar die Gegenverbindlichkeit erfüllt werde.

In Ansehung der sonstigen von der Bestimmung des § 416 nicht getroffenen Einwendungen enthält sich der Entwurf einer Vorschrift. Bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle wäre eine solche, selbst bei eingehender Kasuistik, in erschöpfender Weise kaum möglich. Aus dem Prinzipe folgt ohne Weiteres, daß der Promittent Forderungen, welche er an den Promissar hat, dem Dritten nicht in Aufrechnung bringen kann (schweiz. Bd. Ges. Art. 135; vergl. dresd. Entw. Art. 205), da dem Dritten ein eigenes Forderungsrecht zustehen soll und der Promittent die Leistung als solche an den Dritten übernommen hat. b) sonstige Einwendungen.

VII. Daraufgabe.

§ 417.

Der Entwurf giebt nur über die Daraufgabe, welche bei einem geschlossenen Vertrage gegeben wird, Vorschriften. Er übergeht die sog. arrha pacto imperfecto data. Die Entscheidung der Frage, ob überhaupt und welche rechtliche Bedeutung einer derartigen Arrha im Einzelfalle beizulegen ist, bleibt an der Hand der allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuches, insbesondere über die Verträge und Kondiktionen, der Wissenschaft und Praxis überlassen. Dies ist auch der Standpunkt der bestehenden Gesetzgebung, mit Ausnahme des sächs. G. B. § 898. Daraufgabe bei geschlossenem Vertrage.

Das bei der Verhandlung eines Vertrages gegebene Daraufgeld faßt der Entwurf auf als Zeichen, Beweis, daß der Vertrag perfekt geworden ist. Als Reugeld gilt die Daraufgabe nur dann, wenn es vereinbart worden ist (s. § 435). Bedienen sich die Parteien des Ausdruckes Daraufgabe, Arrha, Haftgeld, Angeld, Handgeld, Daraufgeld, so wird hiernach angenommen, es sei die Daraufgabe im Sinne des Entwurfes gemeint. Nicht ausgeschlossen ist, daß je nach Sitte und Sprachgebrauch die Parteien durch einen anderen Ausdruck dasselbe bezwecken. In dieser Auffassung stimmt der Entwurf im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte überein (Windscheid § 325; H. G. B. Art. 285 Abs. 1; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 205, 212; österr. G. B. §§ 908, 909; sächs. G. B. §§ 893, 897; schweiz. Bd. Ges. Art. 178; hess. Entw. Art. 114, 116, 117, bayr. Entw. Art. 42, 45, 46, dresd. Entw. Art. 118; Seuffert's Arch. XXX Nr. 132). Nach dem franz. Rechte ist es quaestio facti, ob eine Arrha als Zeichen des geschlossenen Vertrages oder als Reugeld anzusehen ist; nur für die promesse de vente ist die Natur der Arrha als Reugeld gesetzlich bestimmt (Art. 1590, 1715). In der Gesetzgebung wird bezüglich der Frage, ob eine Daraufgabe als Reugeld zu betrachten, theilweise besonders auf die Verkehrssitte oder auf den Ortsgebrauch verwiesen. Der Entwurf vermeidet dies. Die thatsächliche Verkehrssitte kommt selbstverständlich bei der Prüfung der Frage, a) als Zeichen des Vertragschlusses, b) als Reugeld bei Vereinbarung.

was unter den Parteien vereinbart ist, in Betracht; das ihr Entsprechende wird als stillschweigend vereinbart zu gelten haben (§§ 73, 359). Soweit aber (lokale) Gewohnheitsrechte in Frage stehen, fehlt es an genügenden Gründen, solchen ausnahmsweise hier Geltung beizulegen (§ 2). Anlaß hierzu bestände nur, wenn es sich um Verhältnisse handelte, welche behufs angemessener Regelung je nach Verschiedenheit der Orte abweichenden Rechtsnormen zu unterstellen wären. Die Verhältnisse, bei welchen eine solche Nothwendigkeit sich behaupten läßt, sind jedoch zum Theil handelsrechtlicher Natur, also nach den Bestimmungen des H. G. B. zu beurtheilen, zum Theil, wie z. B. das Gesindewesen, der landesgesetzlichen Regelung vorzubehalten. Letzteres gilt für den Gesindevertrag auch, soweit landesgesetzlich die Daraufgabe zur Form des Vertragschlusses (§ 91) erfordert wird.

§ 418.

Anrechnung auf die Vertragsleistung. Aus der Bestimmung des § 418 Satz 1 erhellt, daß der Entwurf die Daraufgabe in Ermangelung einer anderen Vereinbarung nicht als Zugabe zur Vertragsleistung, sondern als Vorschuß auf dieselbe ansieht. Auch diesfalls befindet sich der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte (Windscheid a. a. O.; H. G. B. Art. 285 Abs. 2; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 206, 207, 208; sächs. G. B. § 894; hess. Entw. Art. 114, bayr. Entw. Art. 42, dresd. Entw. Art. 119). Nur das schweiz. Bd. Ges. Art 178 Abs. 2 stellt die Vermuthung auf, daß die Arrha als Zugabe zur Vertragsleistung gegeben sei. Rückerstattung. Die fernere Bestimmung (Satz 2), daß die Rückerstattung der Daraufgabe dann zu erfolgen habe, wenn der Vertrag nichtig ist oder wieder aufgehoben wird, entspricht gleichfalls wie dem Wesen der Daraufgabe (§ 417), so dem geltenden Rechte.

§ 419.

Verschulden des Gebers, Besondere, zum Theil eingehende Bestimmungen finden sich in der modernen Gesetzgebung für den Fall, daß eine Partei die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet hat oder die Erfüllung des Vertrages durch Verschulden einer Partei unmöglich gemacht wird (Windscheid a. a. O.; preuß. A. L. R. §§ 217 ff.; österr. G. B. § 908; sächs. G. B. § 895, 896; hess. Entw. Art. 115, bayr. Entw. Art. 44, dresd. Entw. Art. 120, 121). Der Entwurf beschränkt sich auf die Vorschrift, daß, wenn diesfalls die Schuld am Geber der Daraufgabe liegt, der Empfänger dieselbe behalte. Sie verbleibt dem Empfänger als Schadensminimum vorbehaltlich seiner weitergehenden Schadensersatzforderung, falls solche statthaft ist. Letzteren Falles ist die Daraufgabe auf die Schadensersatzforderung anzurechnen. Dies ist im Wesentlichen geltendes Recht und entspricht der Verkehrssitte. Ein Gleiches des Empfängers. läßt sich dagegen von der in einem Theile der Gesetzgebung sich findenden Bestimmung, wonach, falls der Empfänger die Wiederaufhebung des Vertrages oder die Unmöglichkeit der Erfüllung verschuldet hat, dieser mindestens das Doppelte der Daraufgabe dem Geber als Schadensersatz zu erstatten habe,

keineswegs sagen. Die allgemeinen Grundsätze reichen für diesen Fall zum Schutze des anderen Theiles aus. Soweit die Regelung gewisser Vertragsverhältnisse der Landesgesetzgebung vorzubehalten ist, wird sich, wie bemerkt, der Vorbehalt auch auf die bei solchen Verhältnissen vorkommende Daraufgabe erstrecken.

VIII. Konventionalstrafe.

§ 420.

Konventionalstrafe. a) Funktion

Das preuß. A. L. R. I, 5 § 292 bezeichnet an der Spitze seiner Vorschriften über die Konventionalstrafe[1]) als Zweck der Vereinbarung einer solchen scheinbar ausschließlich die Fixirung des Interesses, welches ein Kontrahent dem anderen bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten habe. Diese Bestimmung des preuß. Rechtes hat verwirrend hinsichtlich der Frage gewirkt, ob nicht der Konventionalstrafe im Sinne des preuß. A. L. R. auch die Funktion beiwohne, als Zwangsmittel gegen den Schuldner zu dienen (Entsch. des vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 101). Der Entwurf beruht auf der für das gemeine und das moderne Recht herrschenden Auffassung von dem Wesen der Konventionalstrafe, wonach sie die doppelte Funktion hat, einmal als Zwangsmittel gegen den Schuldner zu dienen, sodann dem Gläubiger die Interesseforderung zu erleichtern und zu sichern.

b) Vereinbarung.

Eine Konventionalstrafe kann nicht nur bei Schließung eines Vertrages, sondern auch nach bereits begründetem Forderungsrechte, und nicht blos, wenn das Forderungsrecht ein vertragsmäßiges ist, vereinbart werden (Windscheid § 285, sächs. G. B. § 1428). Es ist kein Grund ersichtlich, eine solche Vereinbarung nur in Beziehung auf vertragsmäßige Verbindlichkeiten zuzulassen. Wenn der Entwurf (§§ 420, 424) sich des Ausdruckes „Versprechen einer Strafe" bedient, so ist hiermit nur die eine Seite des auf Begründung der Konventionalstrafe gerichteten Vertrages hervorgehoben (vergl. § 421). Der Gedanke, daß das einseitige Versprechen einer Konventionalstrafe wirksam sein sollte, ist dem Entwurfe fremd (vergl. §§ 343, 344). Durch die Fassung des Entwurfes („eine andere Leistung als Strafe versprechen") ist die Konventionalstrafe zugleich von anderen ähnlichen Fällen, namentlich von der Verwirkungsklausel, unterschieden (Entsch. d. R. O. H. G. XI Nr. 131, Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 12).

c) Festsetzung für den Fall 1. der Nichterfüllung; Wahlrecht des Gläubigers,

Der § 420 giebt die (dispositiven) Normen, wenn für den Fall der Nichterfüllung der dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit überhaupt eine Konventionalstrafe zwischen Gläubiger und Schuldner bedungen worden ist (vergl. § 421). Es wird das Prinzip aufgestellt: der Gläubiger hat eintretenden Falles die Wahl, ob er die Hauptleistung oder die Strafleistung verlangen will. Dieses Prinzip entspricht dem geltenden Rechte, wie der bezeichneten doppelten

---

[1]) Die Bezeichnung „Konventionalstrafe" als terminologische ist, in Abweichung von der Konk. O. § 55 Nr. 2 (Vertragsstrafe), wegen ihrer Einbürgerung in allen Rechtsgebieten beibehalten.

Funktion der Konventionalstrafe und schafft einfaches klares Recht. Es entsteht eine durch die Nichterfüllung der Hauptleistung bedingte alternative Obligation, auf welche die allgemeinen Bestimmungen des Entwurfes über alternative Obligationen (§§ 208 ff.) entsprechende Anwendung finden. Hieraus folgt insbesondere, daß die Wahl schon dann, und zwar unwiderruflich, vollzogen ist, wenn der Gläubiger eine der Leistungen, sei es auch nur theilweise, angenommen hat (§§ 208, 209). Durch ein jus variandi käme der Schuldner augenscheinlich in eine schlimme Lage, welcher ihn auszusetzen kein Grund vorliegt. Wohl aber räumt der Entwurf dem Gläubiger, welcher in Ausübung des Wahlrechtes reelle Erfüllung verlangt hat, wenn diese nicht zu erreichen ist und deshalb der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Frage kommt, das Recht ein, zwischen dem Anspruche auf den Schadensersatz wegen Nichterfüllung (auf das wirkliche Erfüllungsinteresse) und demjenigen auf die Konventionalstrafe zu wählen. Die Konsequenz aus dem bezeichneten Prinzipe reicht nicht so weit, den Gläubiger auch für diesen Fall von der Strafforderung auszuschließen. Eine dahingehende Vorschrift verstieße gegen den einen wesentlichen Zweck der Strafe, dem Gläubiger die Interesseforderung zu sichern. Stets und immer, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt, muß ihm hiernach auch die Befugniß verbleiben, die Strafe als den von dem Beweise des Daseins und der Höhe des Schadens unabhängigen Mindestbetrag des Schadens zu verlangen. Insoweit der Entwurf dann, wenn wegen unterbliebener Hauptleistung das Erfüllungsinteresse verlangt werden kann, dem Gläubiger noch die Wahl zwischen Schadensersatz und Strafforderung läßt, weicht er allerdings ab vom preuß. Rechte, nach welchem bei Festsetzung einer Konventionalstrafe die Forderung eines höheren Interesses, neben oder anstatt der letzteren, überhaupt unstatthaft ist (A. L. R. I, 5 § 293; ebenso österr. G. B. § 1336, code civil Art. 1229). Dagegen befindet er sich im Einklange mit der gemeinrechtlichen Auffassung (Windscheid § 285 Note 15), dem H. G. B. Art. 284 Abs. 3, dem sächs. G. B. § 1428, dem schweiz. Bd. Ges. Art. 180 Abs. 2 und mit dem dresd. Entw. Art. 124, 126, vor Allem aber, wie bemerkt, mit dem Wesen und Zwecke der Konventionalstrafe. Nach der Vorschrift des Entwurfes ist dem Gläubiger nur für den Fall, wenn er statt der möglichen Erfüllung die Strafe wählt, versagt, das Interesse wegen Nichterfüllung, soweit es sich höher als die Strafe beläuft, zu verlangen; die Beilegung eines solchen Rechtes widerspräche dem Wesen und Zwecke der Konventionalstrafe.

Rücktritt; Wenn der Gläubiger wegen Nichterfüllung seitens des Schuldners den Rücktritt vom Vertrage wählt, kann er daneben für die Regel nicht auch die Konventionalstrafe verlangen. Letztere vertritt den Schadensersatzanspruch des Gläubigers; ein solcher ist aber gemäß der Vorschrift des § 369 neben dem Rücktritte regelmäßig ausgeschlossen.

§ 421.

2. nicht gehöriger Leistung; Der § 421 betrifft die Konventionalstrafe, welche bestimmt ist nur für den Fall der nicht gehörigen Leistung im Gegensatze zu der gänzlichen Nichtleistung, als Strafe für die bloße Ungehörigkeit, z. B. hinsichtlich der Zeit,

des Ortes der Leistung. Die Bestimmung, daß diesfalls sowohl die Hauptleistung als auch die Strafleistung oder statt dieser Schadensersatz in Gemäßheit des § 420 verlangt werden kann, entspricht, abgesehen von der dem preuß., österr. und franz. Rechte eigenthümlichen Modifikation, wonach die Forderung eines höheren Interesses neben oder anstatt der Konventionalstrafe unter allen Umständen ausgeschlossen ist, dem geltenden Rechte (sächs. G. B. § 1429; schweiz. Bd. Ges. Art. 179 Abs. 2; hess. Entw. Art. 120 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 50 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 125). Selbstverständlich ist in concreto zu prüfen, ob wirklich die Konventionalstrafe nur für einen speziellen, nicht das Interesse an der gänzlichen Nichterfüllung umfassenden Fall bedungen worden ist. Ist die Konventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung überhaupt ohne Einschränkung bedungen, so findet § 420, nicht § 421 Anwendung. Ist eine solche nur für einen einzelnen bestimmten Fall der nicht gehörigen Erfüllung bedungen, so stehen die übrigen Fälle lediglich unter den allgemeinen Vorschriften über die dem Gläubiger aus der Nichterfüllung erwachsenden Rechte; die in der That nur für einen speziellen Fall festgesetzte Konventionalstrafe kann nicht auf andere Fälle der Nichterfüllung übertragen werden (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 295, 296). Recht auf Haupt- und Strafleistung;

Die Bestimmung des zweiten Satzes, wonach der Gläubiger, wenn er in einem der Fälle des § 421 die Hauptleistung angenommen hat, die Strafleistung nur dann fordern kann, wenn die Annahme unter Vorbehalt der Strafleistung erfolgte, ist zwar nach richtiger Ansicht im gemeinen Rechte nicht begründet (Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXIV Nr. 16, Entsch. d. R. G. in Civils. IX Nr. 51 S. 199 ff.), steht dagegen mit den modernen Kodifikationen (preuß. A. L. R. I, 5 § 307, sächs. G. B. § 1429, schweiz. Bd. Ges. Art. 179 Abs. 2, hess. Entw. Art. 128 Nr. 2, dresd. Entw. Art. 125) im Einklange, und empfiehlt sich durch ihre praktische Zweckmäßigkeit, indem sie dazu dient, in einer großen Zahl von Fällen unbillige Härten gegen den Schuldner zu verhindern. Sie findet die im Interesse des Gläubigers nothwendige Beschränkung durch die Bestimmung des Schlußsatzes des § 421 (vergl. § 431 Abs. 2). vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung.

Daß § 421 nur insoweit Anwendung findet, als nicht Vereinbarungen der Parteien entgegenstehen, brauchte, so wenig als für den § 420, im Gesetze besonders zum Ausdrucke gebracht zu werden.

Eine Bestimmung darüber, wenn der Schuldner sich in den Fällen der §§ 420, 421 nur theilweise Nichterfüllung, bezw. theilweise nicht gehörige Erfüllung zu Schulden kommen läßt (s. preuß. A. L. R. I, 5 § 296), ist nicht erforderlich. Die Frage, ob der Gläubiger eintretenden Falles die ganze Konventionalstrafe oder nur einen Theil derselben verlangen darf, entscheidet sich nach dem Inhalte des Vertrages. Nach allgemeinen Grundsätzen wird, in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte in dem Vertrage, davon auszugehen sein, daß der Gläubiger auch bei theilweiser Nichterfüllung die ganze Konventionalstrafe zu fordern berechtigt sein soll (Windscheid § 285 Nr. 2, Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXII Nr. 39). Auch die Entscheidung der anderen Frage, wie es sich verhalte, wenn mehrere Gläubiger oder Schuldner vorhanden sind und nur einem Gläubiger gegenüber oder nur von einem Schuldner nicht erfüllt wird (hess. Entw. Art. 123, 124, code civil Art. 1232, Theilweise Nichterfüllung.

1233), kann der Wissenschaft und Praxis an der Hand der maßgebenden Grundsätze überlassen werden.

d) Höhe. Eine Beschränkung der Konventionalstrafe in Ansehung der Größe (vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 299 ff.; code civil Art. 1231; sächs. G. B. § 1430; schweiz. Bd. Ges. Art. 182; hess. Entw. Art. 126, 127, bayr. Entw. Art. 49), sei es durch ein absolutes Verbot, sei es durch Bestimmung eines richterlichen Ermäßigungsrechtes, ist nicht angezeigt. Die Festsetzung der Höhe der Konventionalstrafe unterliegt für alle Fälle der freien Vereinbarung der Parteien, vorbehaltlich der reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Wucher (H. G. B. Art. 284 Abs. 1; Reichsges. v. 14. November 1867; vergl. Entw. § 358).

Die in den Gesetzen sich vielfach findende Bestimmung, eine Konventionalstrafe gelte im Zweifel nicht als Reugeld (preuß. A. L. R. a. a. O. § 311; schweiz. Bd. Ges. Art. 179 Abs. 3; H. G. B. Art. 284 Abs. 2), ist entbehrlich.

§ 422.

e) Voraussetzung der Verwirkung. Der § 422 entscheidet die Frage, wann bezw. unter welchen Voraussetzungen die Konventionalstrafe durch Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung als verwirkt anzusehen ist, im Einklange mit dem, diesfalls allerdings nicht in allen Richtungen kontroversfreien gemeinen Rechte (Windscheid § 285 Nr. 13), sowie mit den Bestimmungen des code civil Art. 1230, des sächs. G. B. § 1432, hess. Entw. Art. 122 und dresd. Entw. Art. 128 dahin, daß, wenn die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht, die Strafe schon mit der Zuwiderhandlung ohne Rücksicht auf ein hierbei unterlaufendes Verschulden des Schuldners, in allen anderen Fällen aber erst verwirkt ist, wenn der Schuldner in Verzug kommt. Für letztere, die Mehrzahl bildenden Fälle ist die Strafverwirkung hiernach von einem Verschulden des Schuldners nach Maßgabe des § 246 abhängig gemacht; nur in den ersterwähnten Fällen ist in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen ein Verschulden des Schuldners nicht verlangt. Indem der Entwurf für die Regel auf den Verzug abstellt, verweist er auch bezüglich der sonstigen Voraussetzungen desselben auf die Verzugsgrundsätze, wonach eine besondere Bestimmung für den Fall, wenn für die Hauptleistung eine bestimmte Zeit festgesetzt ist, entbehrlich scheint, indem der Grundsatz „dies interpellat pro homine" Platz greift (§ 245). Auch die Vorschrift des § 422 ist selbstverständlich keine absolute; sie muß weichen, wenn nach den Umständen eine andere Intention der Parteien sich ergiebt. Dieselben können z. B. in den im ersten Satze bezeichneten Fällen eine Garantieübernahme des Schuldners vereinbart haben. Die Annahme, daß eine solche bei der Verbindlichkeit zu einem Unterlassen der muthmaßlichen Absicht der Vertragschließenden entspreche, rechtfertigt die abweichende Behandlung dieses Falles.

§ 423.

Erlöschen der Hauptverbindlichkeit. Der Entwurf wird, indem er nicht blos für den Fall, daß die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit von dem Gläubiger verschuldet wurde,

sondern auch für alle Fälle, in denen die Hauptverbindlichkeit vor Verwirkung der Strafe erloschen ist, dem Gläubiger das Recht auf die Konventionalstrafe abspricht, der Rücksicht auf Wesen und Zweck der Strafe, sowie auf Treue und Glauben (§ 359) gerecht (s. Windscheid § 285 Nr. 3, Eccius I § 107 S. 734; bad. L. R. Art. 1231a; sächs. G. B. § 1434; hess. Entw. Art. 128 Nr. 1, dresd. Entw. Art. 129; schweiz. Bd. Ges. Art. 181). Die Vorschrift ist auch anzuwenden auf den Fall eigentlicher Einreden des Schuldners gegen die Hauptverbindlichkeit.

§ 424.

Unwirksamkeit der Hauptverbindlichkeit.

Die materiell akzessorische Natur der Konventionalstrafe tritt darin hervor, daß sie eine gültige Hauptverbindlichkeit voraussetzt. Ist die letztere, auf deren Nichterfüllung die Konventionalstrafe gesetzt ist, nach irgend welchen Gesetzesvorschriften (z. B. auch wegen Nichteinhaltung der nöthigen Form, § 91) rechtlich unwirksam oder ist sie anfechtbar, so ergreift die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit auch den Vertrag über die Konventionalstrafe. Der Entwurf spricht dies mit Beseitigung der Unterscheidung, ob die Parteien die der Hauptverbindlichkeit anklebende rechtliche Mangelhaftigkeit gekannt haben oder nicht (Windscheid § 286), aus, um in Würdigung eines dringenden praktischen Bedürfnisses alle Leistungen zu treffen, welche für den Fall der Nichterfüllung einer vom Gesetze nicht anerkannten Verbindlichkeit zu einer anderen Leistung versprochen werden. Die Konventionalstrafe kann demnach nicht dazu benutzt werden, um indirekt eine Leistung zu erzwingen, zu welcher eine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder doch nicht in der Form des geschlossenen Vertrages über die Konventionalstrafe begründet werden kann (vergl. preuß. A. L. R. I, 5 § 310; code civil Art. 1227; sächs. G. B. § 1433; hess. Entw. Art. 129, bayr. Entw. Art. 48, dresd. Entw. 130). Kein Grund liegt vor, die Vorschrift mit dem schweiz. Bd. Ges. Art. 181 auf die Fälle zu beschränken, wenn durch die Konventionalstrafe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden soll.

Neben der Vorschrift des § 424 sind Spezialbestimmungen überflüssig. Aus ihr ergiebt sich z. B., daß das Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichterfüllung eines Eheversprechens (§ 1227) oder einer Spielschuld (§§ 664, 665) ungültig ist.

§ 425.

Beweislast.

Durch die Vorschrift des § 425 wird die Beweislastfrage in den hervorgehobenen Beziehungen vor den Zweifeln, welche in der Praxis diesfalls aufgetaucht sind, im Sinne der den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast entsprechenden, von der Theorie des gemeinen, wie des preuß. Rechtes als richtig anerkannten Ansicht sichergestellt. Uebereinstimmend lauten die Vorschriften des sächs. G. B. § 1425 und des dresd. Entw. § 131 (vergl. Windscheid § 285 Nr. 5).

IX. Rücktritt vom Vertrage.

§ 426.

Vertragsmäßiges Rücktrittsrecht.

Der Entwurf regelt in den §§ 426—434 den vertragsmäßigen Rücktritt von einem Vertrage allgemein in dem Sinne, daß seine Bestimmungen auch für die im gemeinen Rechte und in der neueren Gesetzgebung, vorzugsweise in der Verbindung mit dem Kaufe behandelten, speziellen auf den Vorbehalt des Rücktrittes abzielenden Vereinbarungen gelten, also nicht blos für das einfache pactum displicentiae (Reuvertrag), sondern auch für den Vorbehalt der Rechtsverwirkung (lex commissoria) und für den Vorbehalt eines besseren Angebotes (in diem addictio). Diese sämmtlichen Vereinbarungen ordnen sich, ihrem Wesen und ihrem Zwecke entsprechend, denselben Rechtsregeln unter. Das Gesetzbuch gewinnt durch diese Zusammenfassung an Einfachheit und Klarheit. Soweit hinsichtlich gewisser Verträge noch einzelne besondere Bestimmungen erforderlich erscheinen, sind sie je am betreffenden Orte gegeben (s. §§ 434, 435, 474, 475).

Die Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht sind am geeigneten Orte auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht für anwendbar erklärt, soweit nicht die Besonderheit des das Rücktrittsrecht gesetzlich begründenden Rechtsverhältnisses Abweichungen erfordert (vergl. z. B. §§ 361, 369, 377, 387, 397; 530, 532, 566, 571, 578, 579).

a) Ausübung.

Der § 426 bestimmt über die Art der Ausübung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes. Der Rücktritt wird vollzogen durch die Erklärung des Rücktrittsberechtigten dem anderen Theile gegenüber, daß er zurücktrete, und mit dieser Erklärung ist der Rücktritt vollzogen, gleichgültig, ob der andere Theil sie angenommen hat oder nicht. Die Rücktrittserklärung ist ein einseitiges, in seiner Wirkung von einer Annahme des Schuldners unabhängiges Rechtsgeschäft (vergl. §§ 74, 75, 76). Einmal abgegeben, ist sie unwiderruflich, im Interesse des anderen Theiles, welcher sich auf die Rücktrittserklärung muß verlassen können. Ein Widerruf der letzteren wäre unwirksam (Windscheid § 323 Note 11, Seuffert's Archiv XXXIII Nr. 225).

Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht ist nicht ein höchstpersönliches Recht. Ein Grund zu solcher Auffassung (bayr. Entw. Art. 375) ist in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen nicht gegeben.

Der vertragsmäßige Vorbehalt des Rücktrittes vom Vertrage erzeugt nicht einen Anspruch auf den Rücktritt (§ 154; vergl. § 432). Es findet demgemäß keine Verjährung des Rücktrittsrechtes selbst statt, vorbehaltlich der aus dem vollzogenen Rücktritte entstandenen Verbindlichkeiten (§ 427).

§ 427.

b) Wirkung des Rücktrittes: α. Einrede;

Die Wirkung des vollzogenen Rücktrittes besteht nach dem Entwurfe darin, daß durch den Rücktritt die Vertragschließenden unter einander so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Durch die Rücktrittserklärung unmittelbar wird für beide

Theile (§ 426 Abs. 1, 2) eine selbständige (unverjährbare) Einrede gegen den Anspruch aus dem Vertrage und der persönliche Anspruch und die persönliche Verpflichtung auf Zurückversetzung in die Lage begründet, als ob der Vertrag gar nicht geschlossen wäre, eine obligatio ad restituendum in integrum. Diese Normirung des obligatorischen Restitutionsanspruches schließt sich an das hinsichtlich der Wandelungsklage geltende Recht an (Windscheid § 394 Nr. 2; sächs. G. B. §§ 914 ff.). Soweit das für den Fall der Wandelung geltende Recht ein Anderes ergiebt, sind die Abweichungen des Entwurfes zu § 387 erörtert. Mit der Aufstellung des bezeichneten Prinzipes weicht der Entwurf von dem geltenden Rechte insofern ab, als dasselbe für die Regel auf der Auffassung beruht, daß der Vertrag im Zweifel als unter der Resolutivbedingung des Rücktrittes geschlossen anzusehen sei, wenn auch in den bestehenden Gesetzen nicht allgemein die Wirkungen des Rücktrittes nach den Vorschriften über den Eintritt der Resolutivbedingung geregelt werden oder der Eintritt der Resolutivbedingung nur die Verpflichtung zur Restitution zur Folge hat (s. Windscheid § 323; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 331, 332, 272 ff.; code civil Art. 1184; österr. G. B. §§ 919, 1083, 1084; sächs. G. B. §§ 1107 ff., 1111, 1115, 1436, 1438; schweiz. Bd. Ges. Art. 178 Abs. 3; hess. Entw. IV, 2 Art. 51, 56, 57, 58, 59 ff., 62, 69—71, bayr. Entw. Art. 356, 362, 363, 364, 365, 368, 369, 374—376, dresd. Entw. Art. 457, 459—463; 468, 473; 132, 134). Die Sicherheit des Verkehres gebietet, die Konsequenzen der Resolutivbedingung (ipso jure Rückfall, dingliche Bindung) fern zu halten. Das Prinzip des Entwurfes, wonach der Rücktritt lediglich unter den Parteien obligatorische Rechtsbeziehungen erzeugt und hierdurch unter denselben der Vertrag in seinen Wirkungen rückwärts aufgehoben werden soll, wird auch dem Wesen des Rücktrittsrechtes, wie für die Regel der Intention der Parteien gerecht. Soll die Rücktrittserklärung als Resolutivbedingung wirken, so müßten dies die Parteien besonders festgesetzt haben. Aus dem Prinzipe und dem ferneren Grundsatze des Entwurfes, daß die Kenntniß des dritten Erwerbers an dem obligatorischen Rechte eines Anderen weder den Erwerb hindert, noch den Erwerber zum Schadensersatze verpflichtet, folgt zugleich, daß der Rücktrittsberechtigte gegen den dritten Erwerber keinerlei Ansprüche hat. obligatio ad restituendum;

Die Bestimmung im zweiten Absatze enthält die nähere Ausführung des Prinzipes und stellt dessen Bedeutung dahin klar, daß die auf Grund des Vertrages erfolgten Leistungen nicht blos als ohne Grund erfolgt nach Konditionsgrundsätzen zurückgefordert werden können. Aus der Verbindlichkeit zur Herstellung des früheren Zustandes folgt, daß vom Rücktrittsberechtigten, wie von dem anderen Theile eine empfangene Geldsumme mit Zinsen (§ 217) von der Zeit des Empfanges an, andere Gegenstände mit dem Zuwachse (§§ 782 ff.) und allen Nutzungen (§ 793) zurückzugewähren sind. Nach dem Prinzipe ist der Restitutionspflichtige zur Vornahme derjenigen Handlungen verpflichtet, welche nach den konkreten Verhältnissen erforderlich sind, um den anderen Theil wieder in die Lage zu versetzen, wie wenn der Vertrag überhaupt nicht geschlossen worden wäre. Hierzu gehört auch die Befreiung von den in Folge des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten, sowie die Ersatzleistung für in Folge des Vertrages geleistete Dienste. Mit Rücksicht darauf, daß von Anfang β. im Einzelnen. Rückgewähr mit Zinsen 2c.

an die Möglichkeit des Rücktrittes bestand, rechtfertigt sich ferner die Haftung der Vertragschließenden für jede, auch die vor dem Rücktritte begangene Fahrlässigkeit und hieraus folgt die Verpflichtung zur Ersatzleistung für nicht gezogene Nutzungen sowie wegen Verschlechterungen, soweit bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Nutzungen gezogen und die Verschlechterungen abgewendet worden sein würden. Wegen der Verwendungen sind dem zur Zurückgabe Verpflichteten diejenigen Rechte zugesprochen, welche dem Besitzer gegenüber dem Eigenthumsanspruche zustehen (Abs. 3, §§ 936 ff.; vergl. sächs. G. B. § 1109, 1115, 1436, 913; hess. Entw. IV, 1 Art. 57, 62, 71; IV, 2 Art. 172, 173, bayr. Entw. Art. 326, 362, 368, 376, dresd. Entw. Art. 182, 168, 169, 460 ff., 473). Die Vorschrift des vierten Absatzes spricht nur eine Konsequenz der vorangehenden Sätze aus; sie zeigt, daß auch hier die Unmöglichkeit der Rückgewähr nur als Befreiung von der Verbindlichkeit aufzufassen ist.

Fahrlässigkeit.

Verwendungen.

§ 428.

Rückgewähr Zug um Zug.

Die Bestimmung des ersten Absatzes, sowie die entsprechende Uebertragung der Vorschriften der §§ 364, 365 auf die durch den Rücktritt vom Vertrage begründeten Verpflichtungen rechtfertigen sich von selbst. Auch nach preuß. Rechte wird angenommen, daß diese Verpflichtungen bei der Wandelung wegen Mängel Zug um Zug zu erfüllen sind. Hiernach ist auch eine Vorsorge für den Rücktrittsberechtigten dahin, daß ihm das Verlangen der vorgängigen Erfüllung seitens des anderen Theiles gegen seinerseits zu leistende Sicherheit nachgelassen würde (l. 26 D. de aedil. edicto 21, 1), entbehrlich.

§ 429.

c) Gefahr.

Das Rücktrittsrecht findet auch dann statt, wenn ein Gegenstand, welchen der Rücktrittsberechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist, ohne daß der Rücktrittsberechtigte diesfalls dem anderen Theile einen Ersatz zu leisten hätte. Dasselbe gilt, wenn ein solcher Gegenstand durch einen Zufall verschlechtert worden ist (vergl. § 427 Abs. 2). Der Entwurf überträgt hiermit die auch von dem sächs. G. B. § 918, schweiz. Bd. Ges. Art. 254 Abs. 1, hess. Entw. Art. 175 und dresd. Entw. Art. 183 angenommenen Grundsätze des gemeinen Rechtes in Ansehung der Wandelungsklage (Windscheid § 394 Note 5, 12) auf das vertragsmäßige Rücktrittsrecht. Insoweit weicht der Entwurf ab vom preuß. Rechte, wonach die Wandelung nur statthaft ist, falls der Erwerber die Sache in demselben Zustande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben kann, wie vom franz. Rechte (code civil Art. 1647) und von dem bayr. Entw. Art. 323, 324. Die Vorschrift des Entwurfes, gemäß welcher der casus interitus und deteriorationis nicht dem Rücktrittsberechtigten, sondern dem anderen Theile zur Last fällt, entspricht jedoch allein dem Prinzipe (§ 427). Der Erwerber muß in die Lage gebracht werden, als wenn er auf den Vertrag sich nicht eingelassen hätte. (S. auch zu § 387.) Die Parteien können übrigens die Anwendung des § 429 durch entgegenstehende

Vereinbarung ausschließen, insbesondere verabreden, daß der Rücktritt durch die Rückgewähr der betreffenden Gegenstände in unversehrtem Zustande bedingt sein solle. Dies braucht im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt zu werden.

§ 430.

Die Vorschriften des § 430, zu welchen in Ansehung des Rechtes der Wandelung diejenige des § 387 Nr. 2 hinzutritt, entsprechen im Wesentlichen dem gemeinen Rechte der Wandelung und den ihm folgenden modernen Gesetzgebungen (Windscheid § 394; sächs. G. B. § 918; schweiz. Bd. Ges. Art. 254 Abs. 2; hess. Entw. Art. 172, 182, dresd. Entw. Art. 184, 465), mit der Modifikation, daß der Entwurf die Belastung eines Gegenstandes mit nicht zu beseitigenden Rechten eines Dritten dem Falle gleichstellt, wenn der Erwerber den Gegenstand nicht zurückgeben kann, weil er über denselben (in anderer Weise) rechtlich verfügt hat (Nr. 1, 2). Nach gemeinem Rechte gilt die Belastung mit Rechten Dritter, welche der Rücktrittsberechtigte nicht ablösen kann, als Verschlechterung des Gegenstandes, für welche er Ersatz leisten muß (Windscheid § 394 Note 5; sächs. G. B. § 914). Die Gleichstellung der beiden bezeichneten Fälle rechtfertigt sich aus dem in § 427 ausgesprochenen Prinzipe. Im sächs. G. B. § 1110 und im dresd. Entw. Art. 466 ist beim Kaufe mit Vorbehalt der Reue dem Käufer das Reurecht schon dann versagt, wenn er die gekaufte Sache durch seine Schuld verschlechtert hat. Zu solcher Abweichung von der Regel (§§ 427, 430 Nr. 1) liegt kein Grund vor. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nicht ausgeschlossen. d) Ausschließungsgründe.

§ 431.

Die Bestimmung des ersten Absatzes entspricht dem Wesen des Rücktrittsrechtes wie der Vorschrift über die Ausübung desselben (§ 426 Abs. 2) und findet sich auch im geltenden Rechte (preuß. A. L. R. I, 5 § 215, 315; österr. G. B. § 909; sächs. G. B. §§ 897, 1437; hess. Entw. IV, 1 Art. 116 Abs. 3, IV, 2 Art. 61, bayr. Entw. Art. 45 Abs. 2, 367, dresd. Entw. Art. 122, 133). Die Vorschrift des sächs. G. B. (§ 1438), daß, wenn beim Vorbehalte der Rechtsverwirkung eintretenden Falles nach der Absicht der Vertragschließenden blos Verlust der Rechte aus dem Vertrage für die Zukunft stattfinden solle, beim Eintreten des Falles aus dem Verlangen oder der Annahme der bis dahin verfallenen Leistungen nicht ein Verzicht auf die Rechte aus der Rechtsverwirkung zu folgern sei (dresd. Entw. Art. 134), ist, abgesehen davon, daß der unterstellte Fall sich nicht als ein Rücktrittsrecht im Sinne des § 427 (mit der obligatorischen Wirkung der Rückgängigmachung des ganzen Vertrages) betrachten läßt, nicht unbedenklich. Die Umstände des einzelnen Falles müssen ergeben, ob ein Verzicht des Rücktrittsberechtigten auf das Rücktrittsrecht nach der Sachlage anzunehmen ist oder nicht. Man vermeidet besser jede Auslegungsregel. e) Erlöschen des Rechtes. α. Erfüllung; Verlangen oder Annahme derselben.

Die Bestimmung des zweiten Absatzes ist durch allgemeine Rechtsgrundsätze und durch die Billigkeit gleichermaßen geboten.

§§ 432.

ß. Präklusivfrist.

Das Interesse des Kontrahenten, welchem das Rücktrittsrecht nicht zusteht, erheischt, daß binnen angemessener Frist sich entscheidet, ob der Rücktrittsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen will, ohne Unterschied der Umstände, für welche das Rücktrittsrecht vereinbart ist, oder der Bedingungen, von welchen es abhängt, nicht etwa blos für das einfache pactum displicentiae. Demgemäß und weil das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (im Gegensatze zum Rechte der Wandelung § 397) der Verjährung nicht unterliegt, setzt der Entwurf für den Fall, daß die Parteien nicht selbst eine Frist für die Ausübung des Rechtes vereinbart haben, eine Präklusivfrist fest (s. § 475; sächs. G. B. § 1108; hess. Entw. 2 Art. 70, bayr. Entw. Art. 374 Abs. 2, 357, dresd. Entw. Art. 458; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 331, 332). Die durch den Rücktritt begründeten Ansprüche (§ 427) unterliegen dagegen der Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen. Für den Beginn und die Berechnung der Präklusivfrist (Satz 2) sind die Vorschriften der §§ 148, 149 maßgebend. Die Uebertragung der Aufforderung auf den dem Rücktrittsberechtigten gegenüberstehenden Kontrahenten (nicht auf den Richter) entspricht der von dem Entwurfe in gleichliegenden Fällen eingehaltenen Behandlungsweise (vergl. §§ 210, 243, 569).

§ 433[1]).

f) Untheilbarkeit des Rechtes.

Die Bestimmung des § 433 (vergl. sächs. G. B. §§ 910, 1116; hess. Entw. IV, 1 Art. 171, IV, 2 Art. 56 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 320, 361, dresd. Entw. Art. 176, 464, 474; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 280, 281) bezweckt im Wesentlichen, den aus der Bestimmung des § 320 sich ergebenden Konsequenzen zu begegnen. Hiernach könnte, wenn ein Rücktrittsfall gegeben ist, an sich jeder der mehreren berechtigten Kontrahenten in Ansehung seiner Quote willkürlich und unabhängig vom Willen der anderen das Rücktrittsrecht ausüben, bezw. der Rücktrittsberechtigte das Rücktrittsrecht nach seiner Wahl gegen den einen der mehreren auf der anderen Seite stehenden Kontrahenten ausüben, gegen den oder die anderen nicht. Dieses Ergebniß wäre (vergl. §§ 387, 394) sachwidrig und unbefriedigend. Der Fall, wenn der eine oder der andere Kontrahent von mehreren Personen beerbt ist, unterliegt im Hinblicke auf den Grundsatz des Entwurfes, daß die zur Erbschaft gehörenden Forderungen und Schulden beim Vorhandensein mehrerer Erben getheilt sind, der gleichen Beurtheilung.

§ 434.

g) Beweislast.

Die Aufnahme der an sich sachgemäßen Bestimmung des ersten Absatzes, wonach in allen Fällen des vorbehaltenen Rücktrittsrechtes der Vertragschließende, welcher auf Grund des Vorbehaltes vom Vertrage zurücktritt, diesen Vorbehalt zu beweisen hat, erschien im Hinblicke auf den § 196 in Rücksicht auf den Fall,

---

[1]) Vergl. §§ 242, 361, 369, 377, 387, 394, 530, 569, 579; § 363.

wenn der auf Erfüllung des Vertrages in Anspruch genommene Beklagte die Einrede erhebt, der Vertrag sei unter Vorbehalt des Rücktrittes geschlossen und dessen Voraussetzung eingetreten, geboten[1]). Der zweite Absatz entscheidet eine in Theorie und Praxis verschieden beantwortete Frage im Anschlusse an die Vorschrift des § 425 nach dem Vorgange des sächs. G. B.

§ 435.

Rücktritt gegen Reugeld.

Der Entwurf bestimmt für alle Fälle, wo das Rücktrittsrecht gegen Reugeld vorbehalten ist, nicht blos für den Fall der arrha poenitentialis, daß die Rücktrittserklärung (§ 426) gegenüber dem anderen Theile nur dann wirksam ist, wenn das Reugeld bei der Erklärung entrichtet wird, sofern es nicht bereits vorher entrichtet war. Im Interesse des auf die Rücktrittserklärung sich verlassenden Gegners muß aber gleichwohl die ohne Erlegung des Reugeldes erfolgende Rücktrittserklärung für den Erklärenden bindend sein, dergestalt, daß der Gegner die Wahl hat, entweder, indem er die Erklärung als Rücktrittserklärung gelten läßt, das Reugeld zu verlangen, oder, so lange dieses nicht entrichtet ist, die Erfüllung des Vertrages zu fordern. Diese Bestimmung des Entwurfes, welche selbstverständlich etwaiger abweichender Vereinbarung der Parteien zu weichen hat, wird, wie sie am meisten mit dem geltenden Rechte harmonirt, so auch der im Verkehre vorherrschenden Auffassung am ehesten gerecht[2]).

§ 436.

Vorbehalt der Rechtsverwirkung.

Der einem Vertrage beigefügte Vorbehalt der Rechtsverwirkung ist vom Entwurfe gleichfalls nicht im Sinne einer dem Vertrage beigefügten Resolutivbedingung (Windscheid § 323, hess. Entw. IV, 2 Art. 59, bayr. Entw. Art. 132), sondern mit dem sächs. G. B. § 1436 und dem dresd. Entw. Art. 132 in der Bedeutung normirt, daß bei Verwirklichung desjenigen Thatbestandes, für welchen der Vorbehalt vereinbart ist, der Gläubiger befugt sein solle, von dem Vertrage zurückzutreten, wonach in die Wahl des Gläubigers gestellt ist, ob er von der Verwirkungsklausel Gebrauch machen oder bei dem Vertrage stehen bleiben will. Macht er von der Klausel Gebrauch, so finden in Ansehung der Erklärung und der Wirkungen die Vorschriften der §§ 426 ff. Anwendung. Diese Behandlung der Verwirkungsklausel entspricht, wofern nicht aus dem Vertrage eine andere Absicht der Kontrahenten erhellt, deren Intention und Interessen (s. auch Eccius II Note 123 Nr. 1). Da es sich um einen allgemeinen Grundsatz handelt, kann der Thatbestand, welcher dem Gläubiger das Recht zum Rücktritte vom Vertrage giebt, im Gesetze nicht präzisirt worden, weshalb der Entwurf den allgemeinen Ausdruck „eintretenden Falles" gewählt

---

[1]) Vergl. Windscheid § 323 Note 13, § 285 Note 19; sächs. G. B. §§ 1435, 1439; dresd. Entw. Art. 135.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 5 §§ 212 ff., 312, 314; österr. G. B. § 909; sächs. G. B. § 897; schweiz. Bd. Ges. Art. 178 Abs. 3; hess. Entw. Art. 116, bayr. Entw. Art. 45, dresd. Entw. Art. 122; Windscheid § 325.

hat. Dies gilt insbesondere von dem Falle, in welchem die Verwirkungsklausel an die Verspätung der Erfüllung geknüpft ist. Es ist Thatfrage, ob und inwiefern die Nichterfüllung zur bestimmten Zeit allein schon dem Berechtigten unbeschränkt das Recht zum Rücktritte gewährt, oder ob und inwiefern noch die Erfordernisse der mora hinzutreten müssen, und ob der Schuldner nicht befugt sein soll, Thatumstände, welche die mora ausschließen, gegen das Rücktrittsrecht vertheidigungsweise geltend zu machen. Die einzelnen Fälle sind erfahrungsgemäß zu verschieden, als daß eine interpretative Norm in der bezeichneten Richtung mit Sicherheit aufgestellt werden könnte.

Zweiter Titel.

Schenkung[1]).

§§ 437, 438.

1. Begriff und Wesen.

Für die Schenkung sind wegen ihres karakteristischen Unterschiedes von allen anderen Rechtsgeschäften unter Lebenden, wie überall im bestehenden Rechte, besondere Vorschriften erforderlich, welche sich nicht blos in dem vorliegenden Titel, sondern auch an zahlreichen anderen Stellen des Gesetzbuches finden. Für alle diese Vorschriften[2]) ist zunächst zu bestimmen, was im Sinne derselben als Schenkung anzusehen sei. In Uebereinstimmung mit der in der Rechtswissenschaft herrschenden Ansicht[3]) bezeichnet der Entwurf für die Schenkung als wesentlich, daß durch die von dem Einen an einen Anderen erfolgende Zuwendung das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der Andere bereichert werde und daß sowohl die Zuwendung in der Absicht dieser Bereicherung, als auch die Annahme der Zuwendung als eines Geschenkes geschehe. Mit dem Erfordernisse, daß der Andere die Zuwendung als Geschenk

---

[1]) Die Stellung der Vorschriften über die Schenkung außerhalb der allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften entspricht der Behandlung derselben in den modernen Kodifikationen. Ueber die systematische Behandlung der Schenkung im röm. Rechte und in der Doktrin vergl. Windscheid Pand. § 365 Noten 18, 7. Das preuß. A. L. R. stellt in Anlehnung an die Institutionen (Inst. de donat. 2, 7) die Schenkung in das Kapitel: „von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebenden gründen" (I, 11 § 1034 ff.; Eccius II S. 5 f.). Der code civil verbindet Schenkungen und Testamente unter dem Gesammtbegriffe der freigebigen Verfügungen (Art. 893 ff.). Das österr. G. B. § 938 ff., das sächs. G. B. §§ 1049 ff. und das zür. G. B. §§ 1075 ff. regeln die Schenkung an der Spitze der einzelnen Vertragsobligationen, der hess. Entw. IV, 2 Art. 94 ff. und der dresd. Entw. Art. 497 ff. zwar gleichfalls im speziellen Theile unter den einzelnen Geschäftsobligationen, aber unter Voranstellung von Kauf und Tausch.

[2]) Vergl. §§ 1353, 1661, 1503, 1952, 1963, 2009, 2117 Nr. 2.

[3]) Windscheid § 365, Dernburg, preuß. Priv. R. II § 161.

annehmen müsse, ist zugleich der Vertragskarakter der Schenkung gekennzeichnet (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1037, 1058, 1059; österr. G. B. §§ 938, 1381; code civil Art. 894, 932; zür. G. B. § 1077; sächs. G. B. §§ 1049, 1050, 1052, 1054; hess. Entw. IV, 2 Art. 94, bayr. Entw. I Art. 91, 92, 93, 100, dresd. Entw. Art. 497). Wenn noch mancher Zweifel übrig bleiben mag, welcher durch die Vorschrift des Entwurfes nicht unmittelbar gelöst wird, so erheischte der Versuch einer Lösung im Gesetze eine kasuistische Behandlung, welche, statt Nutzen zu stiften, nur schädlich wirken würde. Die auftauchenden Zweifel zu entscheiden muß der Wissenschaft überlassen werden. Insbesondere kann vielleicht die vom Entwurfe gewählte Bezeichnung für das Erforderniß des animus donandi („in der Absicht dieser Bereicherung") in der Richtung bemängelt werden, daß hierdurch mindestens ohne den Zusatz „nächste" (Absicht)[1]) die Fälle, in welchen die Zuwendung conditionis implendae causa erfolgt, und verwandte Fälle von dem Begriffe der Schenkung nicht ausgeschlossen würden. Jede Verdeutlichung und insbesondere jener Zusatz, abgesehen davon, daß derselbe für die Sprache der Gesetzgebung nicht paßt, würden indessen nur neue Zweifel hervorrufen und in nicht zu billigender Weise der Wissenschaft und Praxis vorgreifen. Man kann darauf vertrauen, daß letztere gerade in der fraglichen Beziehung, wenn von der Absicht der Bereicherung geredet wird, bei Entscheidung der einzelnen Fälle nicht fehlgreifen werden. In nicht ganz richtiger Weise wird im dresd. Entw. (Art. 497) die Verminderung des Vermögens des Zuwendenden als solche bezeichnet, durch welche der andere bereichert werde; es verdient den Vorzug, die beiden Erfordernisse nur kopulativ neben einander zu stellen. Wird eine animo donandi erfolgende Zuwendung erfordert, durch welche der Zuwendende ärmer, der Andere reicher wird, so ist ferner die Hervorhebung des Erfordernisses der Unentgeltlichkeit der Zuwendung und des Mangels einer rechtlichen Verpflichtung[2]) entbehrlich, die Aufstellung des letzteren könnte sogar zu einer unrichtigen Folgerung verleiten. Auch die zusätzliche Hervorhebung bestimmter Schenkungsfälle, bezw. verschiedener Arten der Vermögenszuwendungen, welche eine Schenkung involviren können, zumal die ausdrückliche Gleichstellung des akzeptirten Schenkungsversprechens und der realisirten Schenkung (vergl. §§ 440, 441), ist zur Verdeutlichung keineswegs erforderlich[3]). Als selbstverständlich erscheint insbesondere, daß, wenn bei einem zweiseitigen Vertrage animo donandi eine den Werth der Gegenleistung übersteigende Leistung vereinbart wird, dieser Vertrag, soweit der Werth der Leistung den der Gegenleistung übersteigt, als Schenkung zu beurtheilen ist[4]). — Die Definition des

Negotium mixtum cum donatione.

---

[1]) Entsch. d. R. G. in Civils. XIV Nr. 46.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1037, 1046; österr. G. B. § 941; sächs. G. B. § 1049; bayr. Entw. Art. 91, dresd. Entw. Art. 497.

[3]) Zür. G. B. § 1077; sächs. G. B. § 1050; bayr. Entw. Art. 92, dresd. Entw. Art. 497; österr. G. B. § 1381; Windscheid § 365 Noten 2, 7 ff.

[4]) Oesterr. G. B. § 935; sächs. G. B. § 1052; bayr. Entw. Art. 93, dresd. Entw. Art. 497 Abs. 2; negotium mixtum cum donatione vergl. Unger a. a. O. II d, 99 S. 2191, Windscheid § 365 Note 3, Entsch. des vorm. R. O. H. G. Bd. 17 Nr. 4 S. 12; Bd. 5 Nr. 12 S. 52.

Entwurfes (§ 437) wird übrigens durch die negative Bestimmung des § 439, sowie einiger anderen Bestimmungen des Entwurfes (vergl. § 1500, § 58) noch präzisirt.

Vertragsnatur der Schenkung.

Streit herrscht bekanntlich über die Vertragsnatur der Schenkung[1]). Während die Einen davon ausgehen, daß, wenn auch die Schenkung vermöge des zu ihrer Realisirung erforderlichen Geschäftes in den meisten Fällen als Vertrag erscheine, doch die Vertragsnatur nicht zu ihrem Wesen gehöre und in wichtigen Fällen (z. B. Befriedigung eines Gläubigers desjenigen, welchem zugewendet wird, ohne dessen Wissen und Willen; wissentliche Berichtigung einer Nichtschuld, während der Empfänger glaubt, Gläubiger zu sein; Besorgung des Geschäftes eines Dritten unter Aufwendungen ohne animus obligandi) durch die Art, wie die Schenkung sich vollziehe, ausgeschlossen werde, fordern Andere unterschiedslos eine auf die Schenkung als solche gerichtete Willenseinigung, vielfach allerdings unter Abschwächung des Erfordernisses der Annahme des Beschenkten. Dieser Widerstreit der Ansichten spiegelt sich in der gemeinrechtlichen Praxis (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. V Nr. 37 S. 44) und in der Gesetzgebung wieder[2]). Nach der Auffassung des Entwurfes schließt jede Schenkung einen Vertrag in sich. Die meisten Schenkungen gründen sich offensichtlich in einem Vertrage. Anlangend aber die bezeichneten Fälle, wo die Zuwendung oder vorläufige Bereicherung ohne das Wissen des Bereicherten oder ohne dessen Willen, die Bereicherung als Geschenk anzunehmen, sich vollzieht, in welchen die Unterstellung eines Vertrages Bedenken zu unterliegen scheint, so ist von vornherein klar, daß es unstatthaft wäre, dem Bereicherten die Bereicherung wider seinen Willen als Geschenk aufzudrängen. Daraus, daß ihm das Recht der Ablehnung zustehen muß, mit der Folge, daß die Bereicherung rückgängig zu machen sei, ergiebt sich aber keineswegs die Nothwendigkeit, die Vertragsnatur der Schenkung überhaupt zu leugnen und davon auszugehen, zu den wesentlichen Erfordernissen einer Schenkung gehöre nicht der Abschluß eines Vertrages. Es ist auch nicht erforderlich, jene Fälle als Ausnahme von einer wichtigen Regel in der Art zu behandeln, daß hier die Schenkung selbst nicht durch Vertrag zu Stande komme (sächs. G. B. § 1054, bayr. Entw. Art. 100), wobei etwa dem Zuwendenden bei nachträglicher Ablehnung der Schenkung das Recht verliehen würde, die Bereicherung nach den Grundsätzen über die Kondiktionen (ob causam finitam) zu kondiziren. Das Vertragsprinzip kann auch für die bezeichneten Fälle aufrecht erhalten werden. Bei letzteren vollzieht sich zwar die Bereicherung vorläufig vor der Annahmeerklärung oder ohne diese. Aber die von der Zuwendung oder Bereicherung wohl zu unterscheidende Schenkung wird erst durch die Annahme perfekt.

---

[1]) S. Windscheid § 365 Note 5.

[2]) S. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1037, 1058, Eccius II § 122 S. 5 f., 10 f., 14 f., Gruchot XIII S. 787 f.; österr. G. B. §§ 938, 1381, Unger II § 95 S. 197; sächs. G. B. §§ 1049, 1054; hess. Entw. Art. 94 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 91, 100, dresd. Entw. Art. 497 Abs. 1; für das franz. R. s. code civil 1105, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXIV Nr. 101; württemb. L. R. von 1610 II, 18 §§ 1, 2.

Die Zuwendung ist hiernach, ähnlich wie in Ansehung eines noch nicht angenommenen Schenkungsversprechens, als eine der Annahme bedürfende Offerte einer Schenkung anzusehen. Es ist anzunehmen, der Zuwendende habe stillschweigend erklärt, daß er so lange an die Schenkungsofferte gebunden sein wolle, bis die Schenkung abgelehnt worden, und daß der andere Theil die Annahme stillschweigend durch Nichtablehnung wirksam erklären könne (Satz 1). Durch diese naheliegende Auffassung bleibt das Vertragsprinzip gewahrt. Bis zur Annahme der Zuwendung als Geschenk liegt hiernach eine Schenkung nicht vor (§ 437 a. E., § 438 Satz 1). Aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit empfiehlt sich die weitere Bestimmung, wonach die Annahme der Schenkung vermuthet wird (§ 198), wenn der Andere, nachdem er von der Bereicherung und der Schenkungsabsicht Kenntniß erlangt hat, nicht unverzüglich die Ablehnung erklärt (Satz 2)[1]. Regelmäßig wird der Bereicherte keinen Anlaß haben, die Zuwendung als Schenkung abzulehnen. „Unverzüglich" versteht sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Die Aufstellung der Vermuthung empfiehlt sich zugleich in Rücksicht auf die pflichtwidrige Annahme von Geschenken seitens eines Beamten. Der Entwurf spricht weiter zur Abschneidung jedes Zweifels in Konsequenz seiner Auffassung dem Zuwendenden im Falle der Ablehnung die condictio ob rem nach Maßgabe der §§ 742—744 zu; die Zuwendung gilt als unter der stillschweigend erklärten Voraussetzung der Annahme erfolgt (Satz 3). Vermuthung der Annahme.

Auf die Schenkung als Vertrag finden die allgemeinen Vertragsgrundsätze Anwendung. Es liegt insbesondere kein Anlaß vor zu besonderen Bestimmungen hinsichtlich der Akzeptation einer Schenkung für Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte (preuß. A. L. R. a. a. O. § 1060; code civil Art. 934—937; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXIV Nr. 101. S 383 ff.) oder der Akzeptation durch den Beschenkten selbst (nicht durch dessen Erben), bezw. gegenüber dem Schenker selbst (preuß. A. L. R. a. a. O. § 1061, § 1062; Zachariä § 657 a. E.; Entsch. d. R. G. in Civils. I S. 221). Vermuthungen, wie sie früher in der gemeinrechtlichen Theorie, im preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 1040—1045), im hess. Entw. Art. 105 Abs. 1 in Beziehung auf die Schenkungsabsicht oder gegen diese Absicht aufgestellt worden, sind unpraktisch[2]. Anwendbarkeit der allgem. Vertragsgrundsätze.

Aus dem Schweigen des Gesetzes ergiebt sich, daß auch die sog. belohnende (remuneratorische) Schenkung gleich jeder anderen, welche auf diesem oder jenem Motive des Schenkers beruht, als eine gewöhnliche Schenkung zu gelten hat (Windscheid § 368 Noten 10 ff.). Die Ausnahmen, welche in der Gesetzgebung für die belohnende Schenkung hinsichtlich der Form und des Widerrufsrechtes gemacht sind, hat der Entwurf nicht aufgenommen (s. bei §§ 440, 449)[3]. Bes. Arten: a) Remuneratorische Schenkung.

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 1059.

[2]) Siehe § 754 Abs. 2.

[3]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 1169, 1173—1177; code civil Art. 960, Zachariä § 703; österr. G. B. §§ 940, 941; sächs. G. B. § 1064; hess. Entw. Art. 96, 101 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 94, dresd. Entw. Art. 498, 514.

b) Schenkung des ganzen Vermögens. Ueber die Schenkung des ganzen Vermögens, über deren Statthaftigkeit, Form, Vollziehung und die hieraus für den Beschenkten gegenüber den Gläubigern des Schenkers erwachsenden Verpflichtungen bestimmen die §§ 350, 313, 319. Die Vorschrift der neueren Entwürfe, daß, wenn Jemand sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil desselben verschenke, der Beschenkte nur Anspruch auf dasjenige Vermögen oder auf den Theil desselben habe, welcher nach Abzug der zur Zeit der Schenkung vorhandenen Schulden des Schenkers übrig bleibe[1]), hat der Entwurf nicht aufgenommen (s. zu §§ 313, 319).

Die Vorschriften über die Schenkung einer Erbschaft sind in den §§ 349, 313, 488 ff., 500, 501, 440, 441 enthalten.

c) Schenkung unter Ehegatten. Das römischrechtliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten hat der Entwurf beseitigt[2]).

§ 439.

Ausgeschiedene Fälle, wegen Fehlens Die Bestimmungen des § 439 entsprechen im Wesentlichen dem geltenden Rechte[3]). Mag auch die Entscheidung in Ansehung einzelner der in § 439 genannten Fälle zweifellos erscheinen, so gilt dies nicht für alle; jedenfalls dient die Vorschrift im Interesse des praktischen Verständnisses zur Klarstellung des gesetzlichen Schenkungsbegriffes.

a) einer Bereicherung, Mit dem Ausspruche (Abs. 1), daß in der Sicherheitsleistung für ein Recht keine Bereicherung vorliege, ist die Schenkung negirt; darüber hinaus geht die Vorschrift nicht. Sie hat übrigens nur den Berechtigten im Auge, welchem Sicherheit geleistet, z. B. ein Pfand bestellt oder welchem gegenüber Bürgschaft übernommen wird (§§ 668, 681). Dem Verpflichteten gegenüber kann in der Sicherheitsleistung im einzelnen Falle allerdings eine Schenkung liegen[4]).

b) einer Vermögensverminderung. Mit der Negirung des Essentiale der Vermögensverminderung in den in Abs. 2 ausgehobenen Fällen ist denselben der Schenkungskarakter gleichfalls abgesprochen. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob Erlaß künftiger versprochener Zinsen eine Schenkung enthalte, ist wohl durch die Bestimmung des zweiten Absatzes als in bejahendem Sinne entschieden anzusehen. Solche Zinsen fallen nicht unter die Kategorie der angefallenen, jedoch noch nicht erworbenen Vermögensrechte (§ 141), sowenig als solchenfalls von Unterlassung eines erst zu machenden Vermögenserwerbes die Rede sein kann[5]). **Ausschlagung einer Erbschaft ꝛc.** Die Hervorhebung des Falles, wonach es als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht gilt, wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß aus-

---

1) Hess. Entw. Art. 167 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 105, dresd. Entw. Art. 508.

2) Die Nichtaufnahme des Verbotes ist im IV. Buch begründet.

3) Windscheid § 365 Noten 3, 6; preuß. A. L. R. I, 11 § 1039, I, 16 § 393, Eccius II S. 7 f., A. 14, 17; österr. G. B. § 939, Unger II, § 95 Noten 13 ff., 20 ff.; sächs. G. B. § 1051; hess. Entw. Art. 94, bayr. Entw. Art. 92, dresd. Entw. Art. 500.

4) Entsch. d. R. G. in Civils. VI Nr. 22 S. 85, IX Nr. 21 S. 103.

5) Sächs. G. B. § 1051; Windscheid § 365 Nr. 6; Unger a. a. O. Note 17; Dernburg a. a. O. S. 413; Eccius a. a. O. S. 7 Abs. 15; Zachariä IV S. 199 § 646.

geschlagen werde, ist, obwohl mit dem gemeinen und sonst geltenden Rechte übereinstimmend, als zweckmäßig im Hinblicke auf das dem Erbrechte zu Grunde liegende Prinzip des ipso jure Erwerbes bei Erbschaft und Vermächtniß (§§ 2025, 2028, 2042, 1867, 1873) und auf die Eigenartigkeit der durch den ipso jure Erwerb eintretenden Rechtslage. In einem solchen Verzichte erblickt der Entwurf jedenfalls hier materiell keine Veräußerung. Anderer Beurtheilung unterliegt in dieser Beziehung der Erlaß des Pflichttheilsanspruches (§§ 290, 1992).

§§ 440, 441.

Die Schenkung ist überall einer beschränkenden Formvorschrift unterworfen. Nach röm. Rechte bedürfen Schenkungen im Werthe von mehr als 500 solidi zu ihrer Gültigkeit der Erklärung zum gerichtlichen Protokolle (Insinuation). Nichtbeobachtung der gerichtlichen Vollziehung macht die Schenkung für den Mehrbetrag regelmäßig nichtig. Nur gewisse Schenkungen sind von dem Erforderniße der Insinuation eximirt, z. B. die Schenkung zur Vergeltung einer Rettung aus Lebensgefahr oder, wie Manche annehmen, remuneratorische Schenkungen überhaupt (Windscheid § 367, 368 Nr. 11). Die gerichtliche Insinuation wurde von vielen deutschen Partikularrechten übernommen, häufig mit der Abweichung, daß bei Schenkungen von Immobilien ohne Rücksicht auf den Werth die Erklärung vor Gericht, zum Theil auch gerichtliche Bestätigung erfordert und in Betreff der übrigen Schenkungen der Betrag, über welchen hinaus die Insinuation nöthig ist, weit geringer als 500 solidi festgesetzt wurde[1]). Von den neueren Gesetzbüchern schließt sich das sächs. G. B. den Vorschriften des röm. Rechtes im Wesentlichen an: eine Schenkung, deren Betrag zur Zeit der Schenkung die Summe von 1000 Thalern übersteigt, ferner eine Schenkung von wiederkehrenden Leistungen auf unbestimmte Zeit von mehr als 50 Thalern jährlich ist nur gültig, wenn das Schenkungsgeschäft vor Gericht zu Protokoll erklärt oder gerichtlich bestätigt worden ist. Formlose Schenkungen sind nur bis zu dem Betrage von eintausend Thalern bezw. fünfzig Thalern jährlich gültig (§§ 1056, 1058). Bei mehreren nicht gleichzeitigen Schenkungen unter denselben Personen, welche nur in ihrem Gesammtbetrage 1000 Thaler oder 50 Thaler jährlich übersteigen, ist die Einhaltung der Form nicht erforderlich, es wäre denn eine Umgehung des Gesetzes dadurch beabsichtigt; auch Schenkungen aus Dankbarkeit für eine Lebensrettung unterliegen der Formvorschrift nicht (§ 1064). Im Uebrigen befolgt die neuere Gesetzgebung, wenn auch im Einzelnen in Ansehung der Form und deren Bedeutung unter sich abweichend[2]), ein gemischtes System: grundsätzlich wird an dem Formerforderniße festgehalten, gewisse Schenkungen aber, wenn vollzogen, haben trotz der Nichteinhaltung der Form meist vollen rechtlichen

2. Form: a) Geltendes Recht;

[1]) Windscheid § 367. S. die bei Gruchot Beiträge XIII S. 822 ff. angeführten Landesrechte, z. B. württemb. L. R. II, 18 §§ 3—5, vergl. II, 13 (Werthgrenze bei Mobilien 200 fl.), Codex Maxim. Bav. civ. III cap. 8 ff. (Werthgrenze 1000 fl., obrigkeitliche Bestätigung mit causae cognitio).

[2]) Das schweiz. Bd. Ges. Art. 10 und der dresd. Entw. Art. 503 verweisen jenes auf das kantonale Recht, dieser auf die Landesgesetze.

Bestand. Nach preuß. A. L. R. sollen Schenkungsverträge gerichtlich abgeschlossen werden, d. h. das Schenkungsversprechen muß zu gerichtlichem Protokolle erklärt werden, während die Annahme der Schenkung in jeder Form erfolgen kann. Aus einem außergerichtlichen, wenn auch schriftlichen Schenkungsvertrage kann auf Erfüllung nicht geklagt werden (A. L. R. I, 11 §§ 1063, 1064, 1069[1]). Ist dagegen eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe dem Geschenknehmer bereits wirklich übergeben worden, so findet, einerlei, ob ein Schenkungsversprechen vorausging oder nicht, und ohne Rücksicht auf den Werth, deren Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht statt (§ 1065). Bei wirklich übergebenen unbeweglichen Sachen schließt das A. L. R. die Rückforderung aus, wenn die Uebergabe auf Grund eines schriftlichen, obschon außergerichtlichen Schenkungsvertrages erfolgte (§§ 1066—1068). Nach § 10 des Ges. v. 5. Mai 1872 wird die mangelnde Form eines Rechtsgeschäftes, also auch die der Schenkung, durch die Auflassung geheilt. Mit Rücksicht auf die zur Eigenthumsübertragung erforderliche Auflassung ist streitig, welche Bedeutung der Vorschrift des § 1066 I, 11 des A. L. R. noch zukommt. Der Schenker kann aber jede außergerichtliche, durch Uebergabe vollzogene Schenkung innerhalb sechs Monaten seit der Uebergabe beliebig widerrufen (I, 11 § 1090). Das österr. Recht (G. B. § 943, Ges. v. 25. Juli 1871) verlangt notarielle Errichtung für Schenkungsverträge ohne Uebergabe; aus einem blos mündlich oder schriftlich geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst kein Klagerecht. Die Einhaltung der Form ist Erforderniß nicht der Gültigkeit, sondern der Klagbarkeit. Eine durch Uebergabe wirklich vollzogene Schenkung ist dagegen, ohne Rücksicht auf den Werth und Gegenstand, auch bei Nichteinhaltung der Form vollwirksam (vergl. § 1467)[2]). Nach dem franz. Rechte (code civil Art. 931, 932) muß die Schenkung mittels eines beim Notare aufzubewahrenden Notariatsaktes geschehen bei Vermeidung der Nichtigkeit. Geschehen die schenkungsweise Verfügung und die Annahme derselben zu verschiedener Zeit, so ist über jede dieser Willenserklärungen eine Urkunde aufzunehmen[3]). Die Regel leidet verschiedene Ausnahmen, z. B. wenn der Gläubiger seinem Schuldner die Schuld erläßt oder wenn Jemand zum Vortheile eines Anderen auf sein Recht unentgeltlich verzichtet, insbesondere aber, wie von der franz. Jurisprudenz allgemein angenommen wird, in Ansehung der Handgeschenke (dons manuels): bewegliche körperliche Sachen können durch einfache Uebergabe animo donandi rechtsbeständig verschenkt werden, auch dadurch, daß der Schenker, wenn die Sachen schon in der Hand des Anderen sind, eine den animus donandi bestimmt ausdrückende formlose Erklärung abgiebt[4]). Der hess. Entw. folgt insofern dem franz. Rechte, als er die Gültigkeit jedes Schenkungsvertrages, jedoch mit Aus-

[1]) Eccius II S. 16 f., Dernburg II § 162 S. 419.

[2]) Unger, österr. Priv. R. II § 96 S. 204 f., Hasenöhrl, österr. Obl. R. § 53 Noten 47, 48, 49; ähnlich das zür. G. B. § 1091.

[3]) Zachariä, franz. Civ. R. IV § 659, Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXIV Nr. 101 S. 383 ff.

[4]) Zachariä a. a. O. § 659 Nr. 1, 3, A. 7, 10; Forderungen fallen nicht unter diese Ausnahme: A. 13, 14.

nahme sog. kleiner Geschenke (d. h. solcher von beweglichen Vermögensgegenständen im Werthe von nicht mehr als 150 Gulden), von der gerichtlichen Beurkundung abhängig erklärt, bestimmt aber, daß auch Schenkungen beweglicher Vermögensgegenstände von höherem Werthe (als 150 Gulden) wegen Mangels der gerichtlichen Beurkundung als ungültig nicht angefochten werden können, wenn sie bereits vollzogen worden sind (Art. 101—104, 94 Abs. 1). Komplizirter noch sind die Bestimmungen des bayr. Entw. Zur Gültigkeit eines Schenkungsversprechens wird die schriftliche Erklärung des Schenkers erfordert. Soweit aber das durch einen und denselben Rechtsakt, wenn auch an Mehrere gemachte Schenkungsversprechen den Werth von 150 fl. übersteigt, desgleichen, wenn das Schenkungsversprechen Renten von einem unbestimmten Gesammtbetrage betrifft, ist dasselbe nur gültig, wenn über die Zusage eine öffentliche Urkunde errichtet ist. Hat der Schenker jedoch das mit diesen Formen nicht versehene Schenkungsversprechen freiwillig vollzogen, so hat er kein Rückforderungsrecht, weil unter diesen Umständen kein Zweifel an der Ernstlichkeit und reifer Ueberlegung bei der Willensbestimmung sein könne (Art. 97). Schenkungen, welche ohne vorgängiges Versprechen durch Uebergabe von beweglichen Sachen, durch Uebertragen oder Aufgeben eines Rechtes an solchen, durch Uebernahme einer Verbindlichkeit des anderen Theiles oder durch Befreiung desselben von einer Schuld vollzogen werden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen, sondern nur derjenigen Form, durch welche die Wirksamkeit des mit der Absicht der Schenkung vorgenommenen Geschäftes an sich bedingt ist (Art. 98). Die Schenkung von unbeweglichen Sachen oder von Rechten an solchen, sowie das schenkungsweise Aufgeben eines Rechtes an einer unbeweglichen Sache bedürfen ohne Rücksicht auf den Werthbetrag und gleichviel, ob Uebergabe hinzugetreten ist oder nicht, zu ihrer Gültigkeit der Errichtung einer öffentlichen Urkunde (Art. 99). Die Annahme der Schenkung ist nie an eine besondere Form gebunden.

Eine Formvorschrift für die Schenkung ist schon im Hinblicke auf den geschilderten Rechtszustand unerläßlich. Erforderlich ist die Form aber nur für das Schenkungsversprechen, insbesondere zur Verhütung übereilter Schenkungsversprechen sowie behufs Beseitigung der in manchen Fällen nicht ausgeschlossenen Zweifel, ob ein wirkliches Schenkungsversprechen oder nur die Ankündigung der Absicht, künftig schenken zu wollen, vorliegt, außerdem damit die Umgehung der Vorschriften über die Form der letztwilligen Verfügungen und der Schenkungen auf den Todesfall thunlichst verhindert, auch Streitigkeiten über die angeblichen Schenkungsversprechen eines Verstorbenen vorgebeugt wird. Die bloße Schriftlichkeit genügt nicht, sondern es ist im Hinblicke auf die für den Formzwang maßgebenden, über die Rücksicht auf die Parteien selbst theilweise hinausgehenden Gründe die gerichtliche oder notarielle Form vorzuschreiben (§ 440). Die Form ist gewahrt, wenn der Schenker das Versprechen in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt hat. Die Erklärung der Annahme des Versprechens muß nicht in gerichtlicher oder notarieller Form erfolgen. Die Annahme kann formlos, also auch stillschweigend erfolgen[1]). Ueber-

b) Entwurf: α. Schenkungsversprechen;

[1]) Vergl. §§ 607, 683.

haupt sind bezüglich der Annahme des Schenkungsversprechens, also des Zustandekommens des Vertrages, die allgemeinen Grundsätze maßgebend (bes. §§ 77 ff., 91; vergl. auch Entsch. d. R. G. in Civils. XV Nr. 51 S. 218).

Ertheilung eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses;

In Ansehung des Formerfordernisses ist dem Vertrage, durch welchen Jemand sich verpflichtet, einem Anderen etwas schenkungsweise zu leisten, d. h. dem Vertrage, aus welchem sich die Schenkung als materielle causa unmittelbar ergiebt, die Ausstellung eines die materielle causa nicht enthaltenden Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses (§ 683) gleichgestellt. Der Entwurf erblickt also in Ansehung der Formvorschrift in einem derartigen abstrakten Versprechen oder Anerkenntnisse nicht eine (reell) vollzogene Schenkung, sondern nur ein Versprechen. Diese Behandlung ist jedenfalls geboten, wenn der Zweck der Formvorschrift erreicht werden soll. Die Entscheidung der Frage, ob nicht in gewissen Fällen wegen der besonderen Beschaffenheit des abstrakten Versprechens, (z. B. wenn eine Schuldverschreibung auf Inhaber, eine indossabele Schuldverschreibung, eine solche in Wechselform, ein Grundschuldbrief, die Annahmeerklärung auf einer Anweisung ertheilt ist), eine vollzogene Schenkung vorliege, muß der Wissenschaft und der Praxis überlassen bleiben; es handelt sich dabei im Wesentlichen um die aus der besonderen rechtlichen Natur der betreffenden Urkunden zu ziehenden Konsequenzen.

β. durch Veräußerung vollzogene Schenkung.

Die Gründe, welche bei dem Schenkungsversprechen für Aufstellung des Formzwanges maßgebend sind, treffen nicht zu für die durch Veräußerung vollzogene Schenkung. Diese ist auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig (§ 441). Wie gezeigt, stimmt hierin die bestehende Gesetzgebung zum großen Theil mit dem Entwurfe überein. Dieser stellt aber den Grundsatz allgemein ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Schenkung oder den Werth derselben auf. In Abweichung von seinem regelmäßigen Sprachgebrauche, wonach „Veräußerung" diejenige Verfügung bedeutet, welche die Substanz des Rechtes weggiebt (z. B. Uebertragung, Erlaß, Verzicht), im Gegensatze zur Belastung einer Sache oder eines Rechtes, gebraucht hier der Entwurf auch für diese letzteren Fälle die Bezeichnung „Veräußerung", der prägnanten Kürze halber, da nach dem ganzen Zusammenhange kein Zweifel daran bestehen kann, daß hier das Wort auch diese Fälle trifft. Die Schenkung ist hiernach durch Veräußerung vollzogen, wenn und sobald diejenigen Voraussetzungen erfüllt sind, welche nach den maßgebenden Gesetzesvorschriften je nach dem Gegenstande der Schenkung zur Perfektion des sog. dinglichen Vertrages erforderlich sind. Demgemäß vollzieht sich z. B. die Schenkung einer beweglichen Sache durch den Traditionsvertrag, einerlei, wie der letztere zu Stande kommt. Es besteht insbesondere kein Bedürfniß, die Tradition mittels des constitutum possessorium (§ 805) für ungenügend zu erklären. Die Schenkung einer unbeweglichen Sache vollzieht sich durch Auflassung (§ 868), diejenige einer Forderung oder eines anderen zessibelen Rechtes durch die mündliche Abtretung (§§ 294, 312), die Schenkung, welche die Bestellung oder Uebertragung eines anderen (nicht zessibelen) Rechtes zum Gegenstande hat, durch Erfüllung der zur Bestellung oder Uebertragung des betreffenden Rechtes erforderlichen Voraussetzungen, die Schenkung mittels Erlasses durch mündlichen Abschluß des dinglichen Erlaßvertrages (§ 290) u. s. w. Die Schenkung selbst ist in allen

diesen Fällen formlos; lediglich die zur Vollendung des dinglichen Bestellungs- oder Uebertragungs- oder Verzichtsgeschäftes gesetzlich vorgeschriebene Erfordernisse sind maßgebend. Treffen diese sämmtlich zusammen, so ist die Schenkung vollzogen[1]).

Die beiden Vorschriften der §§ 440, 441 stehen selbständig neben einander. Ihr gegenseitiges Verhältniß ist nicht das, daß aus einem formlosen (akzeptirten) Schenkungsversprechen eine, nur nicht klagbare, Obligation, jedoch mit Ausschluß der Kondiktion des zur Erfüllung Geleisteten (Naturalobligation) entstände, oder daß die aus der Formwidrigkeit des Schenkungsversprechens sich ergebende Ungültigkeit durch die Vollziehung geheilt würde. Das formlose oder formwidrige Schenkungsversprechen ist vielmehr nichtig und konvaleszirt auch nicht nachträglich durch die Vollziehung[2]). Hat der Schenker in dem Irrthume, zur Erfüllung des formwidrigen, also nichtigen Vertrages rechtlich verpflichtet zu sein (solvendi causa), geleistet, so liegt nicht eine vollzogene Schenkung im Sinne des § 441 vor, sondern nur Erfüllung einer irrthümlich als bestehend vorausgesetzten Verbindlichkeit, so daß die Grundsätze über Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld zur Anwendung gelangen. Diese Konsequenz ergiebt sich in Ermangelung entgegenstehender Bestimmungen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst (§§ 737 ff.). Der dingliche Akt hat solchenfalls nur das äußere Ansehen einer durch Veräußerung vollzogenen Schenkung im Sinne des Entwurfes. Geleistet wurde nicht schenkungsweise, sondern animo solvendi, wie auch die Erfüllung eines gültigen Schenkungsversprechens an sich nicht selbst Schenkung ist, sondern Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit. Anders gestaltet sich aber die Beurtheilung, wenn der Schenker unter Absehen von dem ungültigen Schenkungsversprechen bezw. in Kenntniß von der Nichtigkeit des letzteren dasjenige, was er zu leisten schenkungsweise versprochen hat, animo donandi leistet. Dann liegt eine selbständige Vermögenszuwendung, eine neue, und zwar vollzogene Schenkung vor, welche gemäß § 441 gültig ist, wenn auch das nichtige Versprechen für sie vielleicht das Motiv abgegeben hätte. Die Rechtslage ist dieselbe, wie da, wo ohne vorausgegangenes Versprechen der Schenker unmittelbar „durch Veräußerung" an den Beschenkten animo donandi die Schenkung vollzieht. Die Vorschrift des § 441 setzt hiernach keineswegs ein vorausgegangenes (formloses oder formwidriges) Schenkungsversprechen voraus. Sie greift Platz, wenn der Schenker unter Absehen von dem vorausgegangenen (nichtigen) Versprechen oder, ohne daß ein Versprechen erfolgt war, eine Schenkung durch den dem geschenkten Gegenstande entsprechenden dinglichen Akt vollzieht.

Verhältniß beider Fälle.

Noch ist hier darauf hinzuweisen, daß den Vorschriften des § 350 Abs. 2 und des § 351 gegenüber denjenigen der §§ 440, 441 selbständige Bedeutung zukommt.

---

[1]) Vergl. Eccius II S. 17 f.; Dernburg II § 162 Note 12; Unger II § 96 S. 205 f.; Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 3, IV Nr. 63, IX Nr. 66, XIV Nr. 68.

[2]) Vergl. §§ 91 Abs. 2, 109.

§ 442.

Haftung des Schenkers a) wegen Nichterfüllung;

Durch ein gültiges vom Beschenkten angenommenes Schenkungsversprechen (§ 440) wird der Schenker verpflichtet, die versprochene Leistung zu bewirken[1]). Die Bestimmung des § 442, betr. die Beschränkung seiner Haftung wegen Fahrlässigkeit in Ansehung der Erfüllung (§ 224) entspricht dem geltenden Rechte; sie gilt nach allgemeinen Grundsätzen auch für die Rechtsnachfolger, insbesondere die Erben des Schenkers[2]). Nur der code civil und das österr. G. B. enthalten in der fraglichen Beziehung nichts Besonderes, weshalb nach diesen Rechten angenommen wird, daß der Schenker für omnis diligentia zu haften habe (Zachariä II §§ 299, 308, Unger II §§ 102 Note 23). — Insoweit der Schenker durch eingetretene Unmöglichkeit der Leistung von der Verpflichtung zur Erfüllung befreit wird, kommt auch dem Schenknehmer die Vorschrift des § 238 zu Statten.

§ 443.

b) wegen eines Mangels in seinem Rechte;

Mit der Bestimmung im ersten Satze entscheidet § 443 die gemeinrechtliche Streitfrage über die Haftung des Schenkers wegen Rechtsmängel dahin, daß eine solche Haftung nur dann stattfindet, wenn der Schenker einen der Gattung nach bestimmten Gegenstand zu schenken versprochen hat. Letzteren Falles haftet er, wie bei entgeltlichen Veräußerungsverträgen, nach Maßgabe der §§ 298, 370 ff. Frei von dieser Haftung ist der Schenker eines individuell bestimmten Gegenstandes (species). Insoweit liegt in der Vorschrift des Entwurfes zu Gunsten eines solchen Schenkers auch eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzipe, wonach der aus einem Rechtsgeschäfte Verpflichtete für subjektives (anfängliches) Unvermögen dem Gläubiger haftet, wie für verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit. Der Schenker will voraussetzlich einen solchen Gegenstand nur ebenso, wie er ihn selbst hatte, auf den Beschenkten übertragen. Im Falle des Schenkungsversprechens, welches auf einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand gerichtet ist, entspricht dagegen die Gewährleistungspflicht der regelmäßigen Intention der Parteien. Ueberall ist aber anerkannt, daß der Schenker, wenn er bei einer Speziesschenkung das Recht des Dritten gekannt und dem Erwerber verschwiegen hat, dem letzteren zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens verpflichtet ist. Im preuß. Rechte herrscht Streit über den Umfang dieser Schadensersatzpflicht; nach dem Entwurfe ist das volle Interesse (§ 218) zu leisten. Unter Kennen und Verschweigen versteht der Entwurf hier, wie in § 380, den dolus malus (böse Absicht, Arglist)[3]).

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 1076; sächs. G. B. § 1055; hess. Entw. Art. 106, dresd. Entw. Art. 504.

[2]) Windscheid § 265 Nr. 4, § 366 Note 2; Eccius II S. 27; preuß. A. L. R. I, 5 § 280; sächs. G. B. § 728; zür. G. B. § 1002; hess. Entw. I Art. 141, bayr. Entw. Art. 110, dresd. Entw. Art. 504, 228.

[3]) Windscheid § 366 Nr. 4; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1082, 1083, 1084; Eccius II S. 27 Anm. 147; Dernburg II § 163 Note 9; österr. G. B. §§ 1397, 922, 945; Zachariä IV § 705; sächs. G. B. §§ 1055, 949; schweiz. Bd. Ges. Art. 192 Abs. 3; hess. Entw. I Art. 162, 272, bayr. Entw. I Art. 101, 102, II Art. 154, dresd. Entw. Art. 171, 327.

Selbstverständlich ist es, daß der Schenker in allen Fällen dann, wenn er sich dem Beschenkten zur Gewährleistung besonders verpflichtet hat, demselben nach Maßgabe der übernommenen Verpflichtung verhaftet wird. Dafür, die Haftung aus besonderer Uebernahme der Gewährleistungspflicht auf den ordentlichen Werth des veräußerten Gegenstandes zu beschränken (dresd. Entw. Art. 171), liegt kein Anlaß vor. Eine solche Auslegung eines derartigen Versprechens wäre auch nicht unbedenklich.

§ 444.

Die Bestimmung, daß bei der Schenkung der Schenker dem Beschenkten wegen eines Mangels der verschenkten Sache (§ 381) außer dem Falle des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht haftet, ist geltendes Recht[1]). Nur wenn der Schenker den Mangel gekannt und dem Erwerber verschwiegen hat, ist er dem letzteren zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens verpflichtet. Dies gilt auch in Ansehung des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft. Die unbedingte Haftung für zugesicherte Eigenschaften würde zu Unbilligkeiten führen und sich mit dem Wesen des Schenkungsvertrages wenig vertragen. Alles dies tritt auch dann ein, wenn der Schenker einen nur der Gattung nach bestimmten Gegenstand zu schenken versprochen hat. Wohl aber gewährt der Entwurf in einem solchen Falle, wenn der veräußerten Sache eine zugesicherte Eigenschaft mangelt, dem Erwerber das Recht, an der Stelle dieser Sache eine andere mangelfreie zu fordern. Das Recht auf Lieferung einer anderen Sache entspricht insoweit allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Dagegen verlangt weder die Billigkeit, noch entspräche es dem Wesen der Schenkung, dieses Recht des Beschenkten auf den Fall auszudehnen, wenn der zur Erfüllung eines generischen Schenkungsversprechens gegebenen Sache nur eine vorausgesetzte Eigenschaft (§ 381 Abs. 2) fehlt. Die Unterwerfung des Anspruches auf Lieferung einer anderen Sache unter die kurze Verjährung entspricht der Vorschrift des § 398.

c) wegen eines Mangels der verschenkten Sache;

Von selbst versteht sich aber auch hier, wie bei § 443, daß der Schenker, wenn er die Haftung für Mängel besonders versprochen hat, nach Maßgabe seines Versprechens hierfür aufkommen muß.

§ 445.

Der Entwurf macht von den allgemeinen Vorschriften über die Folgen der mora solvendi nur die eine Ausnahme zu Gunsten des Schenkers, daß er, wenn im Verzuge befindlich (§§ 245, 246, 442), Verzugszinsen nicht zu bezahlen hat. Die Vorschrift, wonach der in Verzug gerathene Schuldner jedenfalls

d) für Verzug

---

1) Windscheid § 366 Noten 9, 10; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1082—1084, Eccius II § 122 S. 27 A. 147, Dernburg II § 163 Noten 8, 9; österr. G. B. § 992; sächs. G. B. §§ 1055, 949; hess. Entw. Art. 181, bayr. Entw. Art. 101, dresd. Entw. Art. 191.

Verzugszinsen zu zahlen hat, auch wenn nicht erhellt, daß der Gläubiger eine Zinseneinbuße oder einen sonstigen Schaden erlitten hat (§ 249), ist positiver Natur, und ihre Anwendung gegen den Schenker verträgt sich nur schwer mit der Billigkeit. Insoweit kann die Bestimmung des § 445 auch als geltendes Recht bezeichnet werden. Sie gilt auch gegenüber den Erben des Schenkers (dagegen preuß. A. L. R. a. a. O. § 1081). Andererseits liegen aber keine Gründe vor, darüber hinaus die allgemeinen Bestimmungen über den Verzug und dessen Rechtsfolgen insbesondere über die Verpflichtung zum Schadensersatze zu Gunsten des Schenkers zu beschränken oder zu modifiziren. Ebenso finden die Vorschriften über die Folgen des Streitbeginnes (§ 244) auf den Schenker Anwendung[1]).

Das gemeinrechtlich dem Schenker zustehende beneficium competentiae (Windscheid § 366 Ziff. 3; hess. Entw. I Art. 222 Ziff. 4, bayr. Entw. II Art. 92 Ziff. 4) hat der Entwurf nicht aufgenommen. Schon bei Berathung der C. P. O. ist anerkannt worden, daß dasselbe eine bedenkliche Rechtsinstitution ist, welche in der Praxis zu großen Weitläufigkeiten und Verwickelungen führt, mit den allgemeinen Grundsätzen sich wenig verträgt, auch bei der Milde der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ihre Berechtigung verloren hat. Die Rechtswohlthat kann unter Umständen zu großen Härten und Unbilligkeiten dem Beschenkten gegenüber führen.

§ 446.

Ort der Erfüllung.

Die Billigkeit spricht dafür, dem Schenker die Erfüllung seines Versprechens thunlichst zu erleichtern. Nach den Vorschriften der §§ 229, 230 würde dem Schenker das Recht, an dem Orte zu erfüllen, an welchem er zur Erfüllungszeit seinen Wohnsitz hat, in vielen Fällen versagt werden müssen, wenn man ihm das Recht nicht beilegte (dresd. Entw. Art. 511). Die Bestimmung des preuß. A. L. R. I, 5 § 249 geht, wenigstens nach einer Auffassung, weiter, indem hiernach der Erfüllungsort bei der Schenkungsobligation der Ort sei, wo der Verpflichtete sich gerade aufhalte[2]). Der § 446 enthält übrigens nur eine Auslegungsregel.

§ 447.

Schenkung einer Rente: Verpflichtung des Erben.

Die hier aufgestellte Regel dient in angemessener Weise zur Verhinderung großer Härten. Die Fälle sind nicht selten, in welchen der Schenker dem Beschenkten eine Rente oder andere in wiederkehrenden Fristen zu entrichtende Bezüge zum Lebensunterhalte zusichert, ohne besonders hervorzuheben, daß nur,

---

[1]) Windscheid § 280 Note 9, § 366 Nr. 2, § 327 Nr. 6; Unger, österr. Priv. R. I § 13 Note 29; sächs. G. B. §§ 1055, 742; dresd. Entw. Art. 504, 299; schweiz. Bd. Ges. Art. 120; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1077—1080, Eccius II S. 27.

[2]) Eccius II S. 28 Anm. 254; a. M. Dernburg II § 163 Note 1: Ort, wo der Schenker sich gewöhnlich aufhält.

so lange der Schenker lebe, der Beschenkte auf die Bezüge Anspruch habe, während doch eine solche Beschränkung beabsichtigt zu sein pflegt, zumal dann, wenn das Einkommen des Schenkers ganz oder zum großen Theile nicht fundirt ist und mit seinem Tode fortfällt (ebenso das österr. G. B. § 955, zür. G. B. § 1094, der hess. Entw. Art. 112, bayr. Entw. Art. 103 und der dresd. Entw. Art. 507). Die Regel hat zwar im Hinblicke auf die Vorschriften über die für das Schenkungsversprechen erforderliche Form (§ 440) nicht dieselbe Bedeutung, wie ohne Formvorschrift; sie entspricht aber immer noch einem Bedürfnisse. Nach Fassung und Zweck der Regel bleibt die Haftung der Erben des Schenkers pro praeterito bestehen; nur die Verpflichtung zur Fortgewährung der Unterstützung fällt weg. Von selbst versteht sich, daß die Verpflichtung zur Reichung einer derartigen Unterstützung mit dem Tode des Beschenkten erlischt. Gläubiger ist solchenfalls nur dieser (§ 292)[1]).

§ 448.

Schenkung unter einer Auflage. a) Begriff.

Der Entwurf enthält keine allgemeinen Bestimmungen über den Modus. Die gewählte Bezeichnung „Auflage" im Sinne von modus ist in der neueren Rechtssprache dergestalt eingebürgert, daß sowohl ihre Aufnahme, als das Absehen von jeder Art von Definition keinem Bedenken unterliegt. Klar ist ohne besondere Bestimmung, daß die Auflage nicht gleich der Bedingung eine rechtsgeschäftliche Nebenerklärung ist, welche mit der Schenkung selbst in untrennbarem Zusammenhange steht. Verstößt die Auflage gegen das Gesetz, die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung, so kommen die §§ 105, 106, 344 zur entsprechenden Anwendung[2]). Der Entwurf enthält sich auch einer Bestimmung darüber, daß eine Schenkung mit einer Auflage nur soweit als Schenkung anzusehen sei, als der Werth des Zugewendeten den der Auflage übersteige (sächs. G. B. § 1065). Daß sich die Schenkung um den Werth der Auflage mindert, ist selbstverständlich. Wenn hiervon als Ausnahme der Fall aufgestellt wird (hess. Entw. II Art. 97, dresd. Entw. Art. 499), daß die Auflage lediglich zum Vortheile des Empfängers gereiche, so ist dies je nach den konkreten Umständen bald richtig, bald unrichtig, weshalb die Beurtheilung des einzelnen Falles dem Richter zu überlassen ist. Die Aufnahme einer den erwähnten Bestimmungen entsprechenden Vorschrift schlösse überdies die Gefahr des Mißverständnisses in sich, so weit der Werth der Auflage reiche, liege nicht eine Schenkung, sondern ein lästiger Vertrag vor. Soweit in § 448 nichts Besonderes bestimmt ist, gelten nach dem Entwurfe für die donatio sub modo die allgemeinen Bestimmungen über die Schenkung; insbesondere gelten also die

[1]) S. auch Siebenhaar, Annalen S. 226 und Kommentar zum sächs. G. B. § 1055, II S. 216. Vergl. §§ 1496, 1575, § 660.

[2]) Savigny, System III §§ 128 ff., IV § 175; Windscheid § 97 Note 1 § 368; vergl. preuß. A. L. R. I, 4 §§ 152 ff., I, 11 §§ 153 ff., Eccius I § 38, II § 122 S. 31 ff.; österr. G. B. § 901, §§ 701—712; hess. Entw. I Art. 111 ff., bayr. Entw. Art. 61 ff., sächs. G. B. §§ 1065, 1066, dresd. Entw. Art. 499.

Formvorschriften der §§ 440, 441 und diejenigen über den Widerruf wegen Undankes[1]).

b) Anspruch des Schenkers auf Erfüllung der Auflage; Der Abs. 1 bringt, ohne hierbei zu unterscheiden, ob die Auflage zu Gunsten des Schenkers, eines Dritten oder zu Gunsten des Beschenkten selbst gereicht, und abgesehen zunächst von der Frage, ob der Schuldner die Schenkung bei Nichterfüllung der Auflage widerrufen kann, den Grundsatz zum Ausdrucke, daß der Schenker von dem Beschenkten die Erfüllung der Auflage verlangen könne, jedoch erst, nachdem er vorgeleistet habe. Der Satz, daß der modus den Rechtserwerb nicht suspendire, der Beschenkte hiernach die Vollziehung der Schenkung vor der Erfüllung der Auflage fordern könne, ist allgemein Rechtens[2]). Andererseits wird auch die mittels Klage zu erzwingende Verpflichtung des Beschenkten gegenüber dem Schenker zur Erfüllung der Auflage nahezu allgemein anerkannt; nur für das preuß. A. L. R. wird angenommen, daß der Schenker bei ausbleibender Erfüllung der Auflage auf die Zurückforderung des Geschenkten beschränkt sei[3]). Eine Ausnahme diesfalls zu machen, wenn die Auflage zu Gunsten des Empfängers selbst gereicht, empfiehlt sich nicht. Es muß desfalls auf die Prüfung des einzelnen Falles abgestellt bleiben, ob im Sinne des Schenkers eine verbindliche Auflage vorliegt oder nicht, insbesondere nur ein nicht verpflichtender Rath, eine Empfehlung oder die Angabe der Veranlassung für die Schenkung. Nach den allgemeinen Grundsätzen aber ist die Begründung einer den Beschenkten verpflichtenden Auflage aus dem Grunde allein, weil der Schenker lediglich die Interessen des Beschenkten im Auge hat und die Erfüllung der Obligation nur die Interessen des Beschenkten fördert, keineswegs unwirksam (§ 206).

c) Auflage zu Gunsten eines Dritten; Wenn die Auflage zu Gunsten eines Dritten gereicht, gilt das Prinzip, daß dieser Dritte durch die der Schenkung beigefügte Auflage an sich keinen Anspruch auf Erfüllung erwirbt. Ein solcher steht ihm vielmehr nur zu, wenn und soweit in dem Vertrage zwischen dem Schenker und Beschenkten ein Versprechen zu seinen Gunsten enthalten ist (§§ 412—416; vergl. § 1888)[4]). Hiernach wird der Dritte nur berechtigt, von dem Beschenkten die Leistung zu

[1]) Ueber die Bestimmungen des preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1048, 1053, 1054, vergl. Eccius a. a. O., Gruchot Beiträge XIII S. 810 ff. und die bei Gruchot XXV S. 435 ff. mitgetheilte Entscheidung des Reichsgerichtes: Der Richter habe gemäß § 1053 in concreto zu prüfen, welches Moment, ob das der Verpflichtung oder das der Schenkung für die Beurtheilung des ganzen Rechtsgeschäftes maßgebend sei, und im zweifelhaften Falle die Schenkung unter (einer Bedingung oder) einem Endzwecke für einen lästigen Vertrag zu achten. Für das franz. Recht siehe Zachariä IV § 701; der code civil enthält keine besonderen Bestimmungen über die donatio sub modo.

[2]) Savigny III S. 231, Windscheid I § 97 S. 282 f.; preuß. A. L. R I, 4 § 153; sächs. G. B. § 1066; bayr. Entw. I Art. 66, dresd. Entw. Art. 512.

[3]) Windscheid II § 398, Unger II § 99 bes. Note 37; sächs. G. B. § 1066; hess. Entw. I Art. 113, bayr. Entw. Art. 67, 108, dresd. Entw. Art. 512; für das preuß. Recht Eccius II S. 32 A. 191, Gruchot Beiträge XIII S. 815; dagegen Dernburg I S. 187.

[4]) Vergl. Windscheid § 316 Nr. 1a, § 368 Nr. 17, l. 3 Cod. de donat. quae sub modo 8,55; Entsch. des vorm. R. O. H. G. XXIII Nr. 55; sächs. G. B. § 1066; hess. Entw. I Art. 113, bayr. Entw. I Art. 67, dresd. Entw. Art. 512 Abs. 1.

fordern, sofern in concreto sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist, und entsteht dieses Forderungsrecht des Dritten in dem Zeitpunkte, welcher durch den Inhalt der Auflage gesetzt ist. Auch für das Forderungsrecht des Dritten gilt der Satz, daß er die Erfüllung der Auflage nicht fordern kann, bevor die Schenkung vollzogen ist, was sich aus § 416 in Verbindung mit § 448 Satz 1 ergiebt. Ob der Schenker selbst solchenfalls die Erfüllung der Auflage fordern kann, ist gemäß § 412 Abs. 2 gleichfalls Thatfrage.

d) Entwehrung nach Erfüllung der Auflage;

Wenn dem Beschenkten, welcher die Auflage erfüllt hat, der Gegenstand der Schenkung entwehrt wird, so fragt sich, ob und welcher Anspruch ihm gegen den Schenker zusteht. Sofern die Erfüllung der Auflage dem letzteren keinen Vortheil gebracht hat, läge die Annahme nahe, daß der Beschenkte den aus der Erfüllung der Auflage entstandenen Verlust tragen müßte. Dies wäre unbillig. Dem Beschenkten muß jedenfalls das Recht beigelegt werden, den Ersatz des Werthes seiner zur Erfüllung der Auflage bewirkten Leistung nach Abzug der aus der Schenkung erlangten Bereicherung vom Schenker zu fordern, ohne Rücksicht darauf, ob ihm nach Maßgabe des § 443 ein Anspruch gegen den Schenker zusteht, auch wenn der letztere das Recht des Entwehrenden nicht gekannt hat (Abs. 2)[1]).

e) Widerruf ꝛc. wegen Nichterfüllung der Auflage.

Der Entwurf giebt keine Vorschrift darüber, ob und inwieweit dem Schenker etwa der Widerruf der Schenkung, bezw. ein Rückforderungsrecht für den Fall zusteht, wenn die Auflage vom Beschenkten nicht erfüllt wird[2]). Das röm. Recht erblickt in der Auflage eine Voraussetzung im Sinne der condictio ob rem (§§ 742 ff.) Diese Auffassung, zu welcher das röm. Recht nicht unwahrscheinlich aus Anlaß der Entwickelung der Klagerechte gelangte, steht aber in vielen Fällen mit dem Parteiwillen nicht im Einklange. Sie ist nur in gewissen Fällen und als Regel vielleicht dann gerechtfertigt, wenn die Auflage in der Verwendung des Geschenkten im Interesse des Empfängers besteht. Ihre strenge Durchführung ist auch im röm. Rechte unterblieben. Wird die Erfüllung der Auflage durch Zufall unmöglich, so gestattet auch das röm. Recht — wenigstens nach der gewöhnlichen Ansicht — nicht die condictio ob rem, so daß die Auflage im praktischen Erfolge als erfüllt angesehen wird. Ein Gesetz, welches die Auflage für eine Voraussetzung im Sinne der condictio ob rem erklärt, ist sichtbar positiver Natur; seine Berechtigung unterliegt den größten Bedenken, weil es in vielen Fällen ein völlig unpassendes Ergebniß liefert. Dasselbe gälte von einer Vorschrift, wodurch das Gegentheil angeordnet und daneben etwa noch bestimmt würde, der Schenker sei, wenn die Auflage schuldbar nicht erfüllt werde, zum Widerrufe der Schenkung nach Maßgabe der Vorschriften über den Widerruf wegen Undankes berechtigt. Der Entwurf betrachtet hiernach die Beifügung einer Auflage (modus) zu der

---

[1]) Bayr. Entw. I Art. 102 Abs. 2, dresd. Entw. 512 Abs. 2.

[2]) S. Savigny, System IV § 175 S. 281 ff., Windscheid Pand. II § 368 Note 14, 15, 16, I § 98 S. 286, § 100 S. 290 f., Windscheid, Voraussetzung S. 166, 182 f.; österr. G. B. §§ 709, 710, 901, 1174; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1053 ff.; code civil Art. 953 954, 956, Zachariä §§ 701, 699, 707; sächs. G. B. §§ 1066; hess. Entw. II Art. 116, bayr. Entw. Art. 107, 108, 119, dresd. Entw. Art. 513, 989; württemb. L. R. II, 18 § 14.

Schenkung prinzipiell keineswegs als identisch mit der sog. Voraussetzung. Wie die Auflage zu beurtheilen ist, kann vielmehr nur aus den Umständen des konkreten Falles erkannt werden. Es ist möglich, daß ihr die Bedeutung einer Voraussetzung im Sinne der condictio ob rem zukommt, so zwar, daß die Voraussetzung bald die sein kann, daß sie überhaupt sich erfülle, sollte die Nichterfüllung auch auf Zufall beruhen, bald die, daß der Beschenkte die Nichterfüllung nicht verschulde. Der Entwurf schließt also die condictio ob rem, wenn und wie sie in concreto begründet ist, nicht aus. Andererseits können die Umstände aber auch die Annahme rechtfertigen, daß an eine Voraussetzung im Sinne der condictio ob rem nicht gedacht, vielmehr bezweckt sei, den Schenker auf das Recht zu beschränken, die Erfüllung der Auflage bezw. Schadensersatz wegen verschuldeter Nichterfüllung der Auflage zu fordern, oder auch, daß ihm das Recht, als einziges oder ferneres, zustehen solle, die Schenkung im Falle der verschuldeten Nichterfüllung zu widerrufen. Enthält sich das Gesetz jeder Bestimmung, so kann jeder Fall die ihm entsprechende Würdigung finden. Positive Vorschriften der einen oder anderen Art hätten, wie gezeigt, in vielen Fällen unausbleiblich unpassende und sachwidrige Ergebnisse zur Folge und sind auch im Interesse der Rechtssicherheit nicht erforderlich. Es handelt sich um verhältnißmäßig zu seltene Fälle (vergl. auch § 1887). Hiernach trifft der Entwurf insbesondere auch keine besondere Bestimmung für den Fall, wenn die Auflage zum Vortheile eines Dritten gereicht. Die Vorschriften des § 448 Abs. 1 Satz 2, der §§ 412, 414 genügen, um die richtige Entscheidung zu finden.

§§ 449—452.

Widerruf wegen Undankes. a) Widerrufsgründe;

Die Widerruflichkeit einer Schenkung wegen Undankes ist allgemein geltendes Recht[1]). Im Hinblicke darauf kann sich der Entwurf der Anerkennung dieses vom juristischen Standpunkte allerdings anomal erscheinenden Widerrufsrechtes nicht entziehen. Der Gesetzgeber darf sich in dieser Richtung gegen die überall in den Rechten anerkannten und auch im heutigen Rechtsbewußtsein wurzelnden Gebote der Ethik keineswegs indifferent verhalten. Ohne Unterscheidung zwischen Schenkungsversprechen und vollzogener Schenkung und ohne Rücksicht auf den Betrag der Schenkung gestattet der Entwurf aber den Widerruf nur aus bestimmten Gründen. Andere Gründe, als die in § 449 aufgeführten, berechtigen nicht zum Widerrufe. Dies entspricht dem geltenden Rechte, wie die aufgezählten Widerrufsgründe im Wesentlichen sich mit den in den geltenden Rechten anerkannten decken[2]). Wie sich

---

[1]) S. §§ 1229, 1230, 1453.

[2]) L. 10 Cod. de revoc. don. 8, 56, Windscheid § 367, 3; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1151 ff., Eccius II S. 22 ff.; österr. G. B. §§ 948 f.; code civil Art. 953 ff.; zür. G. B. §§ 1005 ff.; sächs. G. B. §§ 1059 f.; hess. Entw. Art. 117 ff., bayr. Entw. Art. 107 ff., dresd. Entw. Art. 514 ff. Nur das zür. G. B. § 1086 gestattet den Widerruf allgemein wegen einer Handlung oder eines Benehmens des Schenkers, welche offenbaren Undank bekunden, setzt aber eine erhebliche Schenkung voraus. Vergl. Entwurf §§ 2001 f., § 2045. Exklusivität der Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründe.

aus der Fassung ergiebt („nachgestellt", „zu entziehen gesucht", „sich — schuldig gemacht"), sind nur vorsätzliche Handlungen des Beschenkten als Widerrufsgründe zugelassen. Vorausgesetzt ist die Urheberschaft der betreffenden Handlung; aus den strafgesetzlichen Bestimmungen ergiebt sich, daß im Falle der Mitwirkung mehrerer Personen jede Art der Theilnahme genügt, mag der Beschenkte als Mitthäter, Anstifter oder Gehülfe gehandelt haben (Str. G. B. §§ 47, 48, 49). Der bloße Versuch genügt nicht, außer im Falle der Freiheitsentziehung und Lebensnachstellung; hierbei ist aber andererseits nicht erforderlich, daß diese Handlungen schon den Karakter des strafrechtlichen Versuches an sich tragen; es genügen auch schon blos vorbereitende Handlungen, welche die bestimmte Absicht (der Lebensnachstellung, Freiheitsentziehung) erkennen lassen. Daß der Fall der Nothwehr den Widerrufsgrund ausschließt, ergiebt sich aus der Fassung und aus § 186 (vergl. §§ 1442, 2001, 2045).

Keine Ausnahme macht der Entwurf bezüglich der belohnenden Geschenke, selbst nicht, wenn das Geschenk zur Vergeltung einer Lebensrettung gemacht wurde. Vielmehr sind solche Geschenke, allerdings in Abweichung vom geltenden Rechte, hinsichtlich der Widerruflichkeit den anderen Schenkungen gleichgestellt. Genügende Gründe zu einer abweichenden Behandlung liegen, zumal im Hinblicke auf die Begrenzung und das Gewicht der Widerrufsgründe, nicht vor[1]). — bei remuneritor. Schenkung.

Der Widerruf einer Schenkung ist ein einseitiges, dem Beschenkten als Betheiligten gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft und erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten (§ 74). Klage (code civil Art. 957, Zachariä § 708) oder gerichtliche Erklärung (vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 1158, 1159) wird nicht gefordert (Windscheid § 367 Note 17, 19, § 359 Note 6). — b) Rechtliche Natur.

Das Widerrufsrecht ist ein streng persönliches Recht. Den Erben des Schenkers gewährt der Entwurf (§ 450) das Widerrufsrecht selbständig nur für den Fall, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich getödtet hat. Wenn der Schenker den Widerruf aber selbst schon dem Beschenkten erklärt hatte, so geht das dadurch begründete Rückforderungsrecht (§ 452) nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf seine Erben über (§§ 452, 292). Auch hierin stimmt der Entwurf im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte überein. Insbesondere die von dem Entwurfe aufgestellte Ausnahme von der Unvererblichkeit des Widerrufsrechtes ist in einem großen Theile des geltenden Rechtes anerkannt und in der Beschaffenheit des betreffenden Widerrufsgrundes wohl begründet[2]). — c) Vererblichkeit.

Der Entwurf schließt den Widerruf wegen Undankbarkeit gegen den Erben des Beschenkten aus (§ 451 Nr. 1). Weder wegen Undankes des Be- — d) Ausschließung.

---

[1]) Windscheid § 368 Nr. 11; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1170 ff.; sächs. G. B. § 1064; hess. Entw. Art. 130, bayr. Entw. Art. 107, dresd. Entw. Art. 514. Das franz. Recht (Zachariä § 708 Art. 10), das österr. G. B. § 940 (Unger II § 99 Nr. 18) und das zür. G. B. § 1085 nehmen übrigens gleichfalls das remuneratorische Geschenk von der Widerruflichkeit nicht aus.

[2]) Windscheid § 367 Note 19; preuß. A. L. R. a. a. O. § 1157; code civil Art. 957; sächs. G. B. § 1060; zür. G. B. § 1034; hess. Entw. Art. 118, bayr. Entw. Art. 110, dresd. Entw. Art. 516. Nur das österr. G. B. § 949 läßt das Widerrufsrecht allgemein auf die Erben übergehen. Vergl. § 1453.

α. gegen den Erben; schenkten noch wegen eines solchen des Erben desselben (arg. § 449) kann hiernach der Widerruf dem letzteren gegenüber erklärt werden. Die Frage ist allerdings im gemeinen Rechte streitig und wird auch in den modernen Kodifikationen meist zu Gunsten der Zulässigkeit des Widerrufes gegenüber den Erben des Beschenkten im Falle einer Undankbarkeit des letzteren entschieden[1]). Das Recht des Widerrufes ist aber wegen seiner positiven Natur zumal hier, wo ein Konflikt mit den ethischen Geboten weniger hervortritt oder weniger klar vorliegt, thunlichst zu beschränken. Von selbst versteht sich, daß, wenn der Schenker, oder im Falle des § 450 seine Erben, den Widerruf gegenüber dem Beschenkten erklärt haben, der hierdurch begründete Anspruch passiv auf die Erben des Beschenkten übergeht.

β. Präklusivfrist; Das Recht des Widerrufes erlischt (§ 451 Nr. 2) ferner mit dem Ablaufe eines Jahres von dem Zeitpunkte an, in welchem der Schenker, und im Falle des § 450 dessen Erbe, den Undank erfahren hat (vergl. §§ 1447, 1453, 2046). In dem gemeinen und preuß. Rechte ist der Widerruf an keine Frist gebunden. In Uebereinstimmung mit dem code civil, mit dem österr. und sächs. G. B., sowie mit den neueren Entwürfen unterstellt der Entwurf das Widerrufsrecht einer solchen Frist, und zwar einer Präklusivfrist. Eine Verjährungsfrist paßte nicht, weil das Widerrufsrecht selbst kein Anspruch ist. Das durch den erfolgten Widerruf einmal begründete Rückforderungsrecht unterliegt der gewöhnlichen Verjährung (§ 155)[2]).

γ. Verzeihung des Schenkers. Die Bestimmung, daß das Recht des Widerrufes durch Verzeihung des Schenkers (auch im Falle des § 450) erlösche, sowie daß auf das Recht des Widerrufes erst verzichtet werden könne, nachdem der Undank dem Schenker oder dessen Erben bekannt geworden, reproduzirt im Wesentlichen geltendes Recht (vergl. auch §§ 2004, 2050, 1446)[3]). Der Ausschluß des Widerrufes durch Verzeihung des Undankes ist eine in der Natur der Sache begründete Beschränkung des positiven Widerrufsrechtes. Die Lösung der Frage, ob der Verzeihung lediglich ein thatsächlicher Karakter beiwohne oder ob sie als Rechtshandlung aufzufassen sei, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, soweit sie passen, Anwendung finden, kann der Wissenschaft und Praxis überlassen werden.

e) Wirkung (Kondiktion). Durch den erklärten und begründeten Widerruf entsteht unmittelbar für den Schenker und dessen Erben der lediglich persönliche Anspruch, das Geleistete

---

[1]) Windscheid § 367 Nr. 19; preuß. A. L. R. a. a. O. § 1164 (dagegen § 1090, R. G. XII Nr. 70); österr. G. B. § 949; sächs. G. B. § 1061. Der hess. Entw. Art. 126 läßt den Widerruf gegenüber den Erben nur wegen des sie selbst betreffenden Vorwurfes der Undankbarkeit zu. Der code civil Art. 957, der bayr. Entw. Art. 110 und der dresd. Entw. Art. 517 schließen den Widerruf gegen die Erben des Beschenkten aus.

[2]) Code civil Art. 957 (Präklusivfrist von 1 Jahr, Zachariä § 708 A. 16); österr. G. B. § 1487 (3jährige Verjährung); sächs. G. B. § 1063; dresd. Entw. Art. 519 (1jährige Verjährung), hess. Entw. Art. 125 (5jährige Verjährung), bayr. Entw. Art. 119 (2jährige Verjährungsfrist).

[3]) Savigny, System IV S. 235, Unger II § 98 Note 12; preuß. A. L. R. a. a. O. § 1162; sächs. G. B. § 1063; hess. Entw. Art. 131, bayr. Entw. Art. 114, dresd. Entw. Art. 520.

von dem Beschenkten bezw. dessen Erben nach Maßgabe des § 745 (condictio ob causam finitam) zurückzufordern (§ 452; vergl. § 1453)[1]. Nach dieser Auffassung des Entwurfes und den maßgebenden Vorschriften der §§ 745, 741 Abs. 2 kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die strengere Haftung des Beschenkten gemäß § 741 Abs. 2 dann und von da ab eintritt, wo er den Widerruf erfahren hat. — Das durch den Widerruf einmal begründete persönliche Forderungsrecht erlischt nicht mehr durch Verzeihung, sondern nach allgemeinen Grundsätzen nur durch einen Erlaßvertrag (§ 290).

Die sonst in den geltenden Rechten anerkannten Widerrufsgründe: wegen Uebermaßes (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1091 ff.; zür. G. B. § 1092), wegen Verschwendung (zür. G. B. § 1085), wegen nachgeborener Kinder (Windscheid § 367 Note 22; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 1140 ff.; österr. G. B. § 954; code civil Art. 960 ff.; zür. G. B. § 1092; württemb. L. R. II, 18 § 16; hess. Entw. Art. 122, bayr. Entw. Art. 120 Abs. 3), hat der Entwurf nicht aufgenommen. Ebensowenig konnte, zumal im Hinblicke auf die Verwerfung des beneficium competentiae, das in manchen modernen Gesetzen dem Schenker bezw. dessen unterhaltungsberechtigten Verwandten eingeräumte Recht, bei späterer Dürftigkeit oder Unzulänglichkeit des Nachlasses von dem Beschenkten eine gewisse Kompetenz oder Ergänzung des Unterhaltes zu fordern[2], im Entwurfe aufgenommen werden. Die Vorschriften der Konk. O. §§ 22 ff., 56 Nr. 4 und des R. Ges. v. 21 Juli 1879 bleiben selbstverständlich unberührt. f) Nicht anerkannte Widerrufsgründe.

Ueber die Anfechtung von Schenkungen aus dem Grunde der Verletzung eines Pflichttheilsrechtes ist im fünften Buche entschieden (§ 2009 ff.). Ebendaselbst finden sich die Normen über die sog. Schenkung auf den Todesfall (§ 1963). Inoffiziose Schenkung.

Dritter Titel.

Darlehen.

§ 453.

In der Theorie herrscht Streit, ob für das moderne Recht an der römisch rechtlichen Unterscheidung zwischen Konsensual- und Realkontrakten festzuhalten sei[3]. Nicht wenige verwerfen diese Unterscheidung für das heutige Recht, wonach alle Realverträge zu Konsensualverträgen geworden seien. Ins- 1. Wesen. Realkontrakt

[1] Ebenso geltendes Recht: Windscheid § 367 Noten 17, 18; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 1165—1167, Eccius II S. 24; code civil Art. 958, Zachariä § 708; österr. G. B. § 949; zür. G. A. B. § 1089; sächs. G. B. § 1062; hess. Entw. Art. 127, 128, bayr. Entw. Art. 116—118, dresd. Entw. Art. 518.

[2] Preuß. L. R. a. a. O. §§ 1117 ff., 1123 ff.; österr. G. B. §§ 947, 950, zür. G. B. § 1092; hess. Entw. Art. 123, bayr. Entw. Art. 120, 121; vergl. code civil Art. 955 Ziff. 3.

[3] Windscheid § 312 Noten 4, 5, § 370 Note 2, § 371 Note 6; Eccius II § 137 S. 232.

besondere auch für den Darlehensvertrag wird dies behauptet. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung des Darlehensvertrages aus der Verbindlichkeit des Vertrages folgt, welcher dem Geben und Nehmen des Darlehens oft vorausgeht. Unleugbar bleibt, daß der Darlehensvertrag sich von den Verträgen, welche man bisher als Konsensualverträge zu bezeichnen gewohnt war (z. B. von Kauf und Miethe) immer in manchen nicht unerheblichen Punkten unterscheidet. Würde die Natur des Darlehensvertrages als eines Konsensualvertrages hervorgehoben[1]), so träten jene Verschiedenheiten dergestalt in den Hintergrund, daß unrichtige Folgerungen kaum ausbleiben könnten. Dies könnte besonders, ohne entsprechende Detailvorschriften, in der Praxis zu einer unrichtigen Beurtheilung der Vorverhandlungen, außerdem aber zu unrichtigen Folgerungen in der Richtung verleiten, es dürfe aus dem Vertrage, welcher der Darleihung vorausgegangen, auf Zurückerstattung geklagt werden, ohne daß die Behauptung der Darleihung nöthig sei, welche Behauptung erst nachgeholt zu werden brauche, wenn die exceptio non impleti contractus erhoben werde (§ 366); ferner, es könne gegen den Schuldner, welcher aus jenem Vertrage auf Darleihung klage, die Einrede der Kompensation mit der Wirkung erhoben werden, daß gegen seinen Willen seine Schuld in eine Darlehensschuld sich verwandele, oder der Schuldner sei befugt, die aus dem gedachten Vertrage entspringenden Rechte zu zediren. Es besteht aber auch kein Bedürfniß, in Erledigung des wissenschaftlichen Streites den Darlehensvertrag als einen gewöhnlichen Konsensualvertrag zu bezeichnen. Es ist vielmehr eine Fassung zu wählen, welche zum Ausdrucke bringt, daß die Erstattungspflicht nothwendig den vorherigen Empfang des Darlehens voraussetzt. Nur der Darlehensempfänger ist zur Rückerstattung verpflichtet. Hiermit steht der Entwurf auch im Einklange mit den meisten Kodifikationen (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 653, österr. G. B. § 983, code civil Art. 1892, sächs. G. B. § 1067, zür. G. B. § 1108, hess. Entw. II Art. 132, bayr. Entw. Art. 619). Hierdurch ist selbstverständlich die Anerkennung der Verbindlichkeit des auf die Hingabe eines Darlehens gerichteten, der Darleihung selbst vorausgehenden Vertrages (vergl. § 458) nicht ausgeschlossen[2]).

2. Erfordernisse. a) Gegenstand; Der Begriff des Darlehens ist im Uebrigen im Rechtsleben so eingebürgert, daß eine Definition entbehrlich erscheint. Aus § 453 ist zu entnehmen, daß der Entwurf als Gegenstand des Darlehens nur Geld und andere vertretbare Sachen (§ 779) anerkennt. Diese begriffliche Beschränkung entspricht dem geltenden Rechte[3]). Zu einer Unterscheidung zwischen eigentlichem und uneigentlichem Darlehen und zu einer Ausdehnung der möglichen Darlehensgegenstände bezw. des Darlehensbegriffes über den Kreis der vertretbaren

---

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 329; dresd. Entw. Art. 523.

[2]) Vergl. § 549 (Gebrauchsleihe), § 614 (Hinterlegungsvertrag).

[3]) Windscheid § 370 Note 1, Goldschmidt, Handb. des Handelsr. 2. Aufl. II § 61 Noten 30, 33; österr. G. B. § 983; code civil Art. 1892; sächs. G. B. § 1067; schweiz. Bd. Ges. Art. 329; hess. Entw. Art. 132, bayr. Entw. Art. 619, dresd. Entw. Art. 523. Vergl. § 618.

Sache hinaus (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 653, 853, Dernburg II § 176 lit. c. Noten 7, 8, Eccius II § 137 S. 236, 254) ist kein Bedürfniß. Der Beschränkung auf vertretbare Sachen entspricht die Verpflichtung des Darlehensempfängers zur Zurückerstattung in Sachen gleicher Art, Güte und Menge.

b) Eigenthumsverschaffung; Nach der Auffassung des Entwurfes gehört zum Begriffe des Darlehens, daß dem Empfänger durch die Hingabe das Eigenthum der dargeliehenen Sachen verschafft werde. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so liegt ein gültiges Darlehen überhaupt nicht vor; insbesondere kommen nicht etwa die Vorschriften über die Eviktion zur Anwendung, welche überdies hier nur zu praktischen Unzuträglichkeiten führen müßten (Abs. 2). Die Nichtverschaffung des Eigenthumes hat der Empfänger zu beweisen. Im bestehenden Rechte wird zwar die Eigenthumsverschaffung an den hingegebenen Sachen durch die Hingabe gleichfalls als regelmäßige Voraussetzung anerkannt. Daneben ist aber mehrfach angenommen, daß die Eigenthumsverschaffung ersetzt werde dadurch, daß der Empfänger das Eigenthum der hingegebenen Sachen auf andere Weise erwerbe, bezw. dadurch, daß zufolge gesetzlicher Bestimmung wegen der Qualität des Darlehensgegenstandes die Eigenthumsklage gegen den gutgläubigen Empfänger ausgeschlossen sei, oder dadurch, daß der Empfänger das Hingegebene in gutem Glauben verbrauche. Der Mangel der erwähnten Voraussetzung wird hiernach durch diese Vorgänge geheilt, das Darlehen gültig und für denjenigen, welcher die Sachen zum Darlehen hingegeben hat, die condictio mutui begründet[1]). Der Entwurf sieht von solchen besonderen Bestimmungen ab. Nach allgemeinen Grundsätzen entscheidet es sich, ob der Darlehensempfänger durch die Hingabe Eigenthümer geworden ist (§§ 874 ff., 877 ff.). Ist hiernach der Darlehensempfänger Eigenthümer geworden, obwohl der Darleiher nicht Eigenthümer war, so ist der Darlehensvertrag gültig (Abs. 2); die Ansprüche des früheren Eigenthümers regeln sich nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften (vergl. § 880). Für den Fall aber, daß der Empfänger nicht Eigenthümer geworden, der Darlehensvertrag also nicht gültig zu Stande gekommen ist, reichen die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die Vorschriften über den Eigenthumsanspruch und über die Kondiktionen zur richtigen Beurtheilung aus. Soweit sich Zweifel erheben, muß die Rechtswissenschaft eingreifen, und es liegt kein Bedürfniß vor, für diesen Fall etwa im Interesse der Rechtssicherheit oder zur Abwendung von unangemessenen, den Lebensverhältnissen nicht entsprechenden Konsequenzen positive Bestimmungen zu treffen. Im Hinblicke auf die Vorschriften des Entwurfes über den Eigenthumserwerb an beweglichen Sachen handelt es sich ohnedies nur um seltene Fälle. Ueberdies könnten besondere Bestimmungen nicht wohl auf die Darleihung beschränkt werden, es stände vielmehr die Ausdehnung auf die Zahlung überhaupt in Frage.

---

[1]) Windscheid § 370 Nr. 1; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 661—670, Dernburg II § 176 S. 464, 465, 466; code civil Art. 1892, 1893; österr. G. B. §§ 1083, 1084; sächs. G. B. §§ 1067, 1070; hess. Entw. Art. 132, 134, dresd. Entw. Art. 523, 528; schweiz. Bd. Ges. Art. 329; bayr. Entw. Art. 619; württemb. L. R. II, 1 § 2.

c) Veräußerungsfähigkeit des Darleihers. Die erwähnten besonderen Bestimmungen der bestehenden Gesetzgebung haben insbesondere auch den Fall im Auge, wenn dem Darleiher die Veräußerungsfähigkeit gefehlt hat. Auch diesfalls genügen die allgemeinen Grundsätze. In Betracht kommt in dieser Richtung vor Allem, daß, wenn der Darleiher in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters den Darlehensanspruch zu begründen vermag (§§ 65, 70, 71).

Irrelevant ist für das gültige Zustandekommen des Darlehensvertrages, ob der Darlehensempfänger die hinzugebenden Sachen durch den Darleiher unmittelbar oder mittelbar empfängt, wenn er nur durch die Darleihung Eigenthümer wird. Es versteht sich hiernach insbesondere von selbst, daß der unmittelbaren Hingabe durch den Darleiher gleichsteht die Hingabe durch einen Dritten auf Anweisung des Darleihers und auf dessen Namen, wie der Hingabe an den Darlehensempfänger gleichsteht die auf dessen Anweisung erfolgte Uebergabe der darzuleihenden Sachen für ihn an einen Dritten[1]).

Hingabe von Waaren. Es bedarf auch keiner Bestimmung über den Fall, wenn der Darleiher dem Darlehnsempfänger eine Sache zu dem Zwecke gegeben, daß er sie verkaufe und den Kaufpreis als Darlehen behalte (sog. contractus mohatrae). Zweifellos ist das Darlehen nicht schon mit der Ueberlassung der Sache zum Verkaufe abgeschlossen; nicht diese Sache ist der Darlehensgegenstand, sondern es erhält der Anleiher die darzuleihende Geldsumme erst in dem Kaufpreise, welcher für die Sache erlöst wird. Wenn aber mehrfach angenommen und ausgesprochen wird, die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Sache trage solchenfalls, obwohl der künftige Darlehensempfänger nicht Eigenthümer der zum Verkaufe übergebenen Sache, sondern nur zu deren Verkauf ermächtigt werde, jener schon von dem Zeitpunkte der Uebergabe der Sache behufs Verkaufes an, so liegt hierin eine mit allgemeinen Grundsätzen nicht harmonirende, durch ein praktisches Bedürfniß nicht gebotene Singularität[2]).

Die Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 11 §§ 715—717, wonach, falls der Darleiher dem Darlehensempfänger statt des versprochenen baaren Geldes Waaren gebe, der ganze Vertrag nichtig und der Empfänger nur zur Rückgabe der empfangenen Sachen oder zum Ersatze ihres Werthes zur Zeit der Uebergabe verpflichtet sein soll, sind gegen den versteckten Wucher gerichtet und finden wohl auch nur in der Rücksicht auf diesen Grund und Zweck ihre Erklärung, wenngleich über den Grund derselben und ihre andauernde Geltung gegenüber der heutigen Wuchergesetzgebung Streit besteht[3]). Aehnliche,

---

[1]) Windscheid § 370 Noten 10, 12; Dernburg II § 176 lit. b S. 464; sächs. G. B. § 1072; hess. Entw. Art. 136.

[2]) Windscheid § 370 Note 10; Eccius II § 137 A. 30, 31; sächs. G. B. § 1073; hess. Entw. Art. 136 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 622 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 529; l. 4 pr., l. 11 pr. D. de reb. cred. 12, 1; vergl. Schneider und Fick zu Art. 333 des schweiz. Bd. Ges.

[3]) Vergl. A. L. R. a. a. O. § 718; preuß. Ges. v. 15. Januar 1809, v. 14. Juni 1810, Deklarationen v. 4. April 1811, 28. Dezember 1811, Eccius II § 137 A. 30, 99 bis 103, Hinschius, Zeitschrift für Gesetzgebung II S. 35 f., Koch, Kommentar zu A. L. R. I, 11 § 717; dagegen Dernburg II § 176 S. 466 f., Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XX Nr. 78, Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 84.

aus der gegen den Wucher gerichteten Tendenz erflossene Bestimmungen finden sich im österr. G. B. § 991 und im bayr. Entw. Art. 622 Abs. 3. Nach der Vorschrift des schweiz. Bd. Ges. Art. 333 aber soll, wenn dem Borger statt der verabredeten Geldsumme Waaren gegeben worden, als Darlehenssumme der Kurswerth oder der Marktpreis der Papiere oder Waaren zur Zeit und am Orte der Hingabe gelten, wobei zum Schutze gegen versteckten Wucher beigefügt ist, daß eine entgegenstehende Uebereinkunft nichtig sei (Schneider und Fick a. a. O. S. 255). Der Entwurf hat keine derartige Bestimmung aufgenommen. Aus dem Begriffe des Darlehens und allgemeinen Bestimmungen folgt, daß beim Gelddarlehen der Darleiher dem Anleiher das versprochene Geld hinzugeben verpflichtet ist. Kein Grund liegt aber vor, der freiwilligen Hingabe an Zahlungsstatt entgegenzutreten. Das Motiv, den Mißbrauch derartiger Geschäfte zu Wucherzwecken zu verhüten, hat nach dem heutigen Stande der Wuchergesetzgebung und der besonderen Gestaltung, welche der Wucherbegriff hierdurch erhalten hat, keine Berechtigung mehr. Der Entwurf enthält sich auch einer Interpretationsregel (dresd. Entw. Art. 511) darüber, welcher Werth der (freiwillig) an Zahlungsstatt gegebenen Sachen als Darlehenssumme zu gelten habe. Wo sich Zweifel diesfalls ergeben, bleibt deren Lösung besser der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen.

Darlehen in Inhaberpapieren.

Im österr. G. B. § 990 ist ausgesprochen, daß Darlehen in öffentlichen Schuldscheinen in der Art geschlossen werden können, daß die Tilgung der Schuld entweder mit einem durchaus gleichen öffentlichen Schuldscheine geleistet oder der Betrag nach dem Werthe, welchen der Schuldschein zur Zeit des Darlehens gehabt, zurückgezahlt werde; das sächs. G. B. § 1067 Satz 2 spricht aus, daß bei der Hingabe öffentlicher Inhaberpapiere zu Darlehen im Zweifel deren Kurswerth zur Zeit der Hingabe als Gegenstand des Darlehens anzunehmen sei (schweiz. Bd. Ges. Art. 333). Die hierin liegende Annahme, daß ein Darlehen in öffentlichen Inhaberpapieren im Zweifel als Gelddarlehen von den Parteien gemeint sei, wird auch in der Theorie und Praxis da und dort vertreten[1]). Der Entwurf hat auch eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen. Werden einmal Inhaberpapiere ohne weitere Verabredung zu Darlehen gegeben, so ist dem Wesen des Darlehensvertrages zufolge, wonach die Rückerstattung in Sachen derselben Art, Güte und Menge zu erfolgen hat, anzunehmen, daß Papiere derselben Art den Restitutionsgegenstand bilden sollen[2]). Nur wenn wirklich von Anfang an ein Gelddarlehen beabsichtigt worden, also wenn der Darlehensempfänger die Inhaberpapiere zu einem bestimmten Werthe an Zahlungsstatt hinnimmt, oder wenn ihm die Inhaberpapiere zu einem bestimmten Preise, der nach dem Kurswerthe, aber auch auf andere Weise bestimmt sein kann, kaufsweise mit der Bestimmung, daß er den Kaufpreis als Darlehen behalten solle, überlassen werden, oder wenn die Hingabe zu dem Zwecke erfolgt, daß er die Papiere verkaufe und den Erlös als Darlehen behalte (contractus mohatrae),

---

[1]) Seuffert's Archiv XIV Nr. 133, Kuntze, Inhaberpapiere S. 697 f.; s. Thöl Handelsrecht, 4. Aufl., § 111 Abs. 1.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 793; hess. Entw. Art. 138, bayr. Entw. Art. 624, dresd. Entw. Art. 530. Entsch. des vorm. R. O. H. G. VII Nr. 93.

bildet Geld den Restitutionsgegenstand. Immer hängt es von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob die Inhaberpapiere zur Vermittelung eines Gelddarlehens hingegeben worden, oder ob sie selbst Gegenstand des Darlehens sein sollen. — Bei einem Darlehen von Inhaberpapieren kann der Fall eintreten, daß Inhaberpapiere derselben Art nicht mehr zurückerstattet werden können, weil solche nicht mehr vorhanden sind. In der bestehenden Gesetzgebung, soweit sie den Fall vorsieht, ist übereinstimmend ausgesprochen, daß für die Regel sich solchenfalls die Verpflichtung des Darlehensempfängers in eine solche zum Ersatze in Geld verwandele. In verschiedener Weise wird aber die Berechnung des in Geld zu ersetzenden Werthes der Papiere normirt. Nach dem preuß. A. L. R. I, 11 §§ 794, 795 entscheidet der Kurswerth der Papiere zur Zeit des Kontraktes, nach dem hess. Entw. Art. 138 und bayr. Entw. Art. 624 Abs. 2 der Nennwerth der Papiere, während der dresd. Entw. Art. 530 ausspricht, es sei so viel zurückzuzahlen, als bei der Einlösung der Papiere auf solche bezahlt worden sei. Auch hier vermeidet der Entwurf eine Vorschrift. Augenscheinlich unbillig wäre es, den Empfänger schlechthin zur Erstattung des Nennwerthes der Papiere zu verpflichten, z. B. wenn die Papiere (wie die Aktien oder Prioritäten einer fallit gewordenen Aktiengesellschaft) nicht eingelöst, sondern aus dem Verkehre verschwunden sind, weil sie werthlos geworden. Wenn auch für die Regel als das Billigste und Angemessenste erscheinen möchte, daß der Kurswerth zur Zeit des Empfanges entscheidend sei, so würde doch jede positive Bestimmung, welche man treffen könnte, unter Umständen ungeeignete Ergebnisse liefern und mit den Parteiintentionen oft nicht im Einklange stehen. Es verdient daher den Vorzug, über den Fall nichts zu bestimmen[1]).

Verpflichtung über die Darlehenssumme hinaus.

Nach früherem preuß. Rechte konnte nicht gültiger Weise verabredet werden, daß der Darlehensempfänger mehr als die empfangene Summe zurückzugewähren habe, wenn nicht hierin nur ein Zuschlag zu den Zinsen innerhalb der gesetzlichen Grenze lag (Dernburg II § 178). Aehnliche Bestimmungen finden sich im österr. G. B. § 993, sächs. G. B. § 1081, im bayr. Entw. Art. 627 und dresd. Entw. Art. 534. Diese Bestimmungen sind gegen die Umgehung der Zinsverbote gerichtet, haben also, nachdem die Zinstaxe aufgehoben und die Ungültigkeit eines Vertrages wegen Wuchers durch das R. Ges. v. 24. Mai 1880 von ganz anderen Voraussetzungen abhängig gemacht worden ist, ihren Boden verloren (§ 358). Unter den Gesichtspunkt der Zinsen fällt es, wenn die Rückleistung eines Mehr über das Erhaltene bedungen wird. Die weitere Bestimmung des sächs. G. B. § 1081, welche gestattet, daß auch die Rückerstattung in einer anderen Gattung vertretbarer Sachen, als gegeben worden, bedungen werde, empfiehlt sich nicht zur Aufnahme. Eine derartige Vereinbarung verträgt sich kaum mit dem Wesen des Darlehensvertrages; das Geschäft geht in Kauf, Tausch ꝛc. über[2]).

Annuitätendarlehen.

Der bayr. Entw. Art. 635—638 beschäftigt sich mit denjenigen Darlehen, bei welchen die Rückzahlung des Kapitales und die Entrichtung der Zinsen mittels jährlicher gleichmäßiger, den Betrag der bedungenen Zinsen über-

[1]) Vergl. für das preuß. Recht Entsch. des vorm. R. O. H. G. XX Nr. 78.

[2]) S. R. O. H. G. XX Nr. 78.

steigender Zahlungen erfolgt (Annuitätendarlehen, vergl. zür. G. B. §§ 1119, 1120). Die betreffenden Bestimmungen sind, soweit sie sich nicht aus der Zinstaxe erklären, positiver Natur; ein Bedürfniß ist für dieselben nicht ersichtlich. Die allgemeinen Bestimmungen reichen aus.

Darlehensfähigkeit.

In Betreff der Darlehensfähigkeit entscheiden die allgemeinen Grundsätze. Den für einen großen Theil Deutschlands schon antiquirten Bestimmungen des S. C. Macedonianum ist durch die im Entwurfe vorgenommene Regelung der elterlichen Gewalt der Boden entzogen[1]). Die gemeinrechtliche Bestimmung ferner, wonach Stadtgemeinden, Kirchen und fromme Anstalten aus den von ihren Vorstehern und Verwaltern für sie abgeschlossenen Darlehensverträgen nur dann haften, wenn das Geld wirklich in ihren Nutzen verwendet worden ist (Windscheid § 370 Nr. 2a), paßt für die heutigen Verhältnisse nicht mehr; es sind die allgemeinen Bestimmungen über die Verpflichtung juristischer Personen durch ihre Vertreter maßgebend (§ 44). — Das preuß. A. L. R. enthält besondere Beschränkungen in Ansehung der Darlehen an gewissen Ständen angehörige Personen, nämlich außer den Angehörigen des Königlichen Hauses, welche durch das bürgerliche Gesetzbuch nicht betroffen werden, an Personen, welche bei den Königlichen Sing- und Schauspielen oder bei der Hofkapelle angestellt sind, sowie an Militärpersonen[2]). Der Entwurf hat deshalb keine dieser letzteren Beschränkungen aufgenommen, weil dieselben im Wesentlichen der Disziplin über die bezeichneten Personen angehören.

Darleihung auf den Namen eines Dritten.

Nach gemeinem Rechte begründet derjenige, welcher ein Darlehen auf den Namen eines Dritten gegeben hat, für den Dritten auch ohne dessen Zustimmung ein Forderungsrecht aus dem Darlehensvertrage, sowohl dann, wenn er den Gegenstand des Darlehens aus eigenen Mitteln hergab, als auch, wenn er nicht Eigenthümer der hingegebenen Sachen war (Windscheid § 370 Note 17, § 313 Noten 3, 6). Aehnliche oder einschlagende Bestimmungen finden sich in einigen Partikularrechten: württemb. L. R. II Tit. 1 §§ 19, 21; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 671—673 (Eccius II § 137 Abs. 69, 70); sächs. G. B. § 1074; vergl. dresd. Entw. Art. 525). Der Entwurf hat eine entsprechende Bestimmung für das Darlehen nicht aufgenommen. Es besteht kein Bedürfniß; die allgemeinen Grundsätze, insbesondere über die Stellvertretung, Geschäftsführung ohne Auftrag, die Kondiktionen, genügen.

Irrthum über die Person des Darleihers.

Auch über den Fall der sog. condictio Juventiana (Irrthum des Empfängers über die Person des Darleihers: l. 32 D. de reb. credit. 12, 1, Windscheid § 370 Noten 13, 15; vergl. sächs. G. B. § 1675; dresd. Entw. Art. 526) bedarf es keiner Vorschrift. Die Frage der Wirkung des Irrthumes

---

1) Windscheid § 373; bayr. L. R., tractationes zu Th. III Kap. 1 § 12 Nr. 2 lit. b und Kap. II § 3 und 4 Nr. 10 lit. a; württemberg. L. R. II Tit. 28 § 2, Pfandentwickel. Ges. v. 21. Mai 1828 Art. 17. Der neueren Gesetzgebung (österr. G. B., code civil, zür. G. B., sächs. G. B. und schweiz. Bd. Ges.) wie den Entwürfen (hess., bayr., dresd. Entw.) sind die besonderen Bestimmungen des S. C. Macedonianum fremd.

2) A. L. R. I, 11 §§ 676, 677, 704—706, 678—703; § 862; Eccius II § 137 A. 73, Dernburg II § 177.

des Darlehensempfängers über die Person des Darleihers entscheidet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über den Einfluß des Irrthumes auf Rechtsgeschäfte. Ist der Vertrag hiernach nichtig (§§ 98 ff.), so greifen bezüglich der Rechte desjenigen, welcher das Darlehen hingegeben hat, die Grundsätze über die Kondiktionen Platz[1]).

§ 454.

Verwandelung einer Schuld in ein Darlehen.

Die Aufnahme der an sich gewiß sachgemäßen Vorschrift des § 454 (vergl. sächs. G. B. § 1071, hess. Entw. Art. 136, bayr. Entw. Art. 622, dresd. Entw. Art. 527, Windscheid § 370 Note 11) erscheint mindestens als durch die Vorsicht geboten. Durch sie wird der Gläubiger, welcher auf Grund der bezeichneten Vereinbarung mit der Darlehensklage auftritt, gegen den Einwand des Schuldners sichergestellt, ein Darlehen, welches begriffsmäßig die Ueberlassung einer individuell bestimmten Quantität vertretbarer Sachen zu Eigenthum voraussetze, habe er nicht erhalten, und sei deshalb die auf ein unrichtiges Fundament gestützte Klage abzuweisen. Es ist ohne die Vorschrift keineswegs zweifellos, ob der Schuldner mit einem solchen Einwande zurückgewiesen würde. Der Fall ist zu häufig und wichtig[2]), als daß der Gefahr nicht vorgebeugt werden müßte. Die Vorschrift setzt übrigens an sich die einwandsfreie Verbindlichkeit der bisherigen Schuld voraus und bestimmt keineswegs darüber, ob und inwiefern der Schuldner mit Einwendungen aus dem früheren Schuldverhältnisse sich zu schützen vermag. Darüber entscheiden andere Vorschriften.

§§ 455, 456.

Darlehenszinsen a) im Allgemeinen;

Die Verpflichtung zur Zahlung von Darlehenszinsen versteht sich nicht von selbst; sie muß vielmehr durch besondere Verabredung bedungen werden. Dies ist allgemein Rechtens: Windscheid § 371 Note 6; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 824, 855; österr. G. B. §§ 984, 993; code civil Art. 1905; sächs. G. B. § 1078; schweiz. Bd. Ges. Art. 330; hess. Entw. Art. 141, bayr. Entw. Art. 628, dresd. Entw. Art. 532. Selbstverständlich können Zinsen auch stillschweigend vereinbart werden (dagegen hess. und bayr. Entw. a. a. O.). Vermuthungen diesfalls sind entbehrlich und irreführend. Im Uebrigen gelten die für die Zinsen überhaupt getroffenen Bestimmungen (§§ 217, 249, 358) auch für die Darlehenszinsen. Unberührt durch die Vorschrift des § 455 bleibt die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen (§ 248).

---

[1]) Hinsichtlich des Beweises der Darlehenshingabe gilt nichts Besonderes. Die Bestimmungen des röm. Rechtes über die exceptio non numeratae pecuniae haben für ganz Deutschland durch den § 16 des Einf. Ges. zur C. P. O. ihre Bedeutung und Geltung verloren.

[2]) Seuffert's Archiv XXIII Nr. 118, XXIV Nr. 113, XXV Nr. 120, XXXI Nr. 183, XXXII Nr. 222; vergl. für das franz. Recht Entsch. d. R. G. in Civils. X Nr. 122 S. 395 ff. Eccius I § 97 A. 10, II § 137 A. 31.

Das sächs. G. B. § 1079, und ihm folgend der hess. Entw. Art. 150 Abs. 2, der bayr. Entw. Art. 633 Abs. 2, sowie der dresd. Entw. Art. 533 bestimmen, daß die Zinsen eines Darlehens von den auf Inhaber lautenden Werthpapieren immer in Geld zu bezahlen seien, und sollen die Zinsen im Zweifel von dem Kurswerthe der Papiere zur Zeit der Hingabe der Papiere zu entrichten sein. Der Entwurf enthält sich diesfalls einer Bestimmung. Die Fragen, ob die Zinsen in Geld zu zahlen sind und, bejahendenfalls, wie der für den Zinsenbetrag maßgebende Kapitalbetrag zu ermitteln ist, gehören der Auslegung des konkreten Vertrages an. Ihre Erledigung durch das Gesetz kann in vielen Fällen Härten und Unbilligkeiten nach sich ziehen. Namentlich zur zweiten Frage kann die Entscheidung davon abhängig sein, ob die Parteien nicht an den Zinsenbetrag gedacht haben, welcher dem Inhaber der Papiere zu zahlen oder gezahlt ist. b) aus Darlehen in Inhaberpapieren.

Bezüglich des Zeitpunktes, in welchem die Darlehenszinsen zu zahlen sind, entscheidet zunächst die getroffene Vereinbarung. In Ermangelung einer solchen bedarf es einer ergänzenden Bestimmung, welche der Entwurf (§ 456) in Uebereinstimmung mit den einschlägigen Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 11 §§ 822, 823, des österr. G. B. § 997, sächs. G. B. § 1080, des hess. Entw. Art. 149, bayr. Entw. Art. 634 Abs. 1 und des dresd. Entw. Art. 535 sachgemäß dahin trifft, daß die Zinsen je nach Ablauf eines Jahres, und wenn für die Rückerstattung des Kapitales eine kürzere Frist bestimmt ist, bei Rückerstattung des Kapitales zu entrichten sind. Zeit der Entrichtung.

§ 457[1]).

Ueber die Zeit der Rückerstattung des Darlehens entscheidet die Vereinbarung der Parteien. Für den Fall, daß eine solche Festsetzung unterblieb, bestimmt das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 761 ff., daß beiden Theilen eine dreimonatliche, bei Darlehen bis zu 50 Thalern eine vierwöchige Aufkündigungsfrist zustehe, wonach, wenn über die Zeit der Rückerstattung nichts bestimmt ist, immer gekündigt werden muß (Eccius II S. 250 f., Dernburg II § 178). Nach dem code civil Art. 1900, 1901 bestimmt solchenfalls der Richter eine nach den Umständen angemessene Frist, während das sächs. G. B. § 1077 zwar das Verlangen sofortiger Rückgabe, jedoch vorbehaltlich des Rechtes des Erborgers auf Gestattung einer den Umständen angemessenen Frist, zuläßt. Das schweiz. Bd. Ges. Art. 336 bestimmt für die Rückerstattung eine feste Frist von sechs Wochen von der ersten Aufforderung an. Der unterstellte Fall erheischt eine besondere gesetzliche Regelung. Die allgemeine, mit der Vorschrift des gemeinen Rechtes harmonirende[2]) Bestimmung des § 231 Abs. 1 paßt nicht. In der Gegenwart bildet das auf Kündigung stehende Darlehen weitaus die Regel. Es verhält sich in dieser Beziehung mit dem Darlehensvertrage ähnlich, wie mit dem Miethvertrage. Die realen Lebensverhältnisse erheischen dringend die Beachtung dieser in dem modernen Verkehre sich so klar Rückerstattung des Darlehens. a) Zeit. Kündigung.

---

[1]) Vergl. §§ 308, 326, 618 Abs. 2; §§ 1028, 1033, 1079, 1118, 1217, 1218.
[2]) S. Windscheid § 371 Note 5, aber auch Note 4.

und bestimmt aussprechenden Ueblichkeit. In gerechter Weise kann dies nur erfolgen durch die Aufstellung der Regel, das Darlehen stehe auf Kündigung, zu der beide Theile gleichmäßig berechtigt und verpflichtet seien, sowie durch Einführung einer in subsidium geltenden Kündigungsfrist. Nur bei einer solchen Normirung wird das Recht beider Theile in vielen Fällen gewahrt, wenn der konkrete Vertrag keinen Anhalt für die Entscheidung liefert, was den Parteien in Ansehung der Kündigung und der Kündigungsfrist vorgeschwebt haben mag. Zugleich liegt hierin für die Parteien ein starker und nur wohlthätig wirkender Antrieb, über Kündigung und Kündigungsfrist eine besondere Vereinbarung zu treffen, wenn die subsidiäre Vorschrift ihren Absichten nicht gemäß ist. Jeder andere Standpunkt führt zu einer großen Zahl von Prozessen, deren Erledigung sich weit über die Zeit hinziehen kann, welche der Richter demnächst als diejenige befinden würde, zu welcher hätte zurückerstattet werden müssen. Die etwaige Besorgniß, daß bei Freundschaftsdarlehen auf kürzeste Frist sachwidrige Entscheidungen erfolgen könnten, wäre im Hinblicke auf die festgesetzte kurze Kündigungsfrist sowie darauf nicht gerechtfertigt, daß der Richter nicht gehindert ist, nach den Umständen des Falles die Nothwendigkeit der Kündigung als durch Parteiwillen ausgeschlossen anzunehmen.

Wo die Voraussetzungen des § 457 zutreffen, kann nach dem Sinne dieser Vorschrift ohne sechswöchige Kündigung weder die Rückerstattung gefordert, noch von dem Schuldner gegen den Willen des Gläubigers zurückgezahlt werden. Die Kündigung ist ein einseitiges, gegenüber dem anderen Theile vorzunehmendes Rechtsgeschäft, formlos, den allgemeinen Bestimmungen (§§ 74, 75, 76) unterstehend. Die Kündigung verträgt jedoch begrifflich keine Bedingung; eine bedingte oder eventuelle Kündigung wäre unwirksam. Der Entwurf bringt dies, da es sich diesfalls lediglich um eine aus dem Wesen des Rechtsgeschäftes abzuleitende juristische Folgerung handelt, nicht zum Ausdrucke.

Weitere Bestimmungen über die Zeit der Rückerstattung eines empfangenen Darlehens, als diejenige des § 457, sind nicht erforderlich; insbesondere besteht kein Bedürfniß zur Aufnahme einer dem preuß. A. L. R. I, 11 §§ 757—760 entsprechenden Vorschrift.

b) Ort. Zu besonderen Vorschriften über den Ort der Erfüllung (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 769 ff.; hess. Entw. Art. 140, dresd. Entw. Art. 536) bietet der Darlehensvertrag keinen Anlaß. Für das Gelddarlehen kommt vornehmlich der § 230 Abs. 2 in Betracht; anlangend die übrigen Darlehen besteht kein Grund, von den allgemeinen Regeln der §§ 229, 230 Abs. 1 abzuweichen.

§ 458.

Vertrag über die Hingabe eines Darlehens. Im Anschlusse an eine schon in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis vertretene Ansicht[1]) giebt das preuß. Recht (A. L. R. I, 11 §§ 656, 657) demjenigen, welcher ein Darlehen versprochen hat, gegen den Anspruch auf Erfüllung die Einrede der veränderten Umstände, insbesondere, wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers

---

[1]) Windscheid § 370 Note 18.

Veränderungen vorgefallen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert wird. Entsprechende Bestimmungen haben das österr. G. B. § 936, der bayr. Entw. Art. 621 Abs. 1 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 332 Abs. 1. In der That widerstrebt es den im Verkehre vorherrschenden Auffassungen, denjenigen, welcher sich durch Vertrag zur Hingabe eines Darlehens verpflichtet hat, zur Erfüllung seines Versprechens auch dann zu zwingen, wenn der andere Theil nach Abschluß des Vertrages und noch vor Erfüllung des Versprechens in eine Vermögenslage geräth, welche zu der ernsten Besorgniß Anlaß giebt, der Empfänger werde zur Rückerstattung außer Stande sein, namentlich also, wenn der künftige Darlehensschuldner zahlungsunfähig geworden ist, bezw. seine Zahlungen eingestellt hat. Es gilt dies aber nicht minder in allen Fällen einer wesentlichen, den Rückerstattungsanspruch gefährdenden Verschlechterung der Vermögenslage des künftigen Schuldners. Im Allgemeinen ist die Annahme begründet, der Versprechende habe sich nur unter dem Vorbehalte verpflichtet, daß eine solche Vermögensänderung nicht erfolgen werde, wonach der Versprechende im Falle des Eintrittes einer solchen Aenderung vom Vertrage zurückzutreten befugt ist. Der Entwurf erkennt deshalb ausnahmsweise beim Darlehensvertrage die clausula rebus sic stantibus in diesem Sinne an. Der § 458 enthält nur eine Auslegungsregel. Sie gilt, wie bemerkt, nur für den Vertrag über die Hingabe eines Darlehens. Die Ausdehnung der Vorschrift auf solche Verträge, durch welche Kredit noch nicht gewährt, sondern nur versprochen ist, z. B. wenn der Verkäufer sich zur Vorleistung verpflichtet und dem Käufer das Kaufgeld auf eine bestimmte Zeit nach der Uebergabe der Waaren zu kreditiren versprochen hat, stände mit den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes im Widerspruche und könnte auch nicht als Konsequenz der für die Aufnahme des § 451 maßgebenden Gründe bezeichnet werden. Der Darlehensfall läßt als ein gewöhnlich einfacher und leicht übersehbarer, nach den im Verkehrsleben herrschenden Anschauungen die Aufstellung einer solchen allgemeinen im Zweifel geltenden Regel unbedenklich zu. Die bezeichneten übrigen Fälle können aber sehr verschiedenartig gestaltet sein, so daß sie der Beugung unter eine allgemeine Regel sich entziehen.

Zahlungsunfähigkeit des Empfängers a) nach dem Vertragsschlusse; Rücktritt des Versprechenden;

Der Fall, wenn der künftige Darlehensgläubiger erst nach Ertheilung des Versprechens die schon früher bestandene Zahlungsunfähigkeit des anderen Theiles erfährt (schweiz. Bd. Ges. Art. 332 Abs. 2), verdient nicht die gleiche Berücksichtigung. An sich stände hier nur ein, nach allgemeinen Grundsätzen (§ 102) regelmäßig für die Verbindlichkeit eines vertragsmäßigen Versprechens rechtlich bedeutungsloser Irrthum in den Motiven in Frage. Es fehlt aber auch ein Grund, aus Zweckmäßigkeitsrücksichten für den genannten Fall von dieser Regel abzuweichen. Der Versprechende mag sich vorsehen, bevor er die Verpflichtung eingeht. Bei gehöriger Umsicht wird ihm die gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit des anderen Theiles nur selten unbekannt bleiben. Für seltene Ausnahmsfälle rechtfertigt sich aber zu Gunsten dessen, der ein Darlehen zugesichert hat, die Einführung einer solchen anomalen Vorschrift nicht. Hat der Empfänger sich eines Betruges schuldig gemacht, so ist der Versprechende ohnedies genügend geschützt.

b) bei Abschluß des Vertrages.

Folgen der Nichterfüllung.

In der bestehenden Gesetzgebung finden sich zum Theil besondere Bestimmungen über die Folgen der Nichterfüllung der aus dem Vertrage über ein hinzugebendes Darlehen dem einen und dem anderen Theile erwachsenden Verpflichtungen. Nach dem preuß. A. L. R. I, 11 § 655 hat derjenige, welchem das Darlehen versprochen worden, wenn der Darleiher seiner Verpflichtung nicht rechtzeitig nachkommt, die Wahl, auf die Erfüllung zu klagen oder vom Vertrage abzugehen und in beiden Fällen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Verweigert der Anleiher die Annahme des Darlehens, so ist er dem Darleiher zur Schadloshaltung verpflichtet; letzterer kann, in Ermangelung höheren Schadensnachweises, halbjährige landesübliche Zinsen des versprochenen Kapitales fordern. Eine Klage auf Annahme des Darlehens findet nicht statt (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 658—660). Nach dem bayr. Entw. Art. 621 Abs. 2 soll bei Verweigerung oder Verzögerung der Annahme des Darlehens das Darlehensversprechen seine verbindliche Kraft verlieren, überdies der Darleiher, wenn ein verzinsliches Darlehen mit Kündigungsfristen verabredet worden, die Zinsen eines Kündigungszieles fordern dürfen. Der fragliche Vertrag bietet aber zu besonderen Bestimmungen keinen Anlaß. Der Anspruch auf Erfüllung, sowie das Rücktrittsrecht steht für beide Theile unter den allgemeinen Vorschriften, wonach insbesondere neben der etwa zulässigen Ausübung des Rücktrittsrechtes ein Anspruch auf Schadensersatz nicht stattfindet. Zu einer Begünstigung des Versprechenden im Sinne des preuß. A. L. R. a. a. O. § 660 fehlt es an zureichenden Gründen. Der Entwurf läßt vor Allem dahingestellt, ob in concreto durch den Vertrag nur die Verpflichtung zur Hingabe des Darlehens, nicht auch die Verpflichtung zur Annahme desselben begründet werden soll.

Verjährung.

Das sächs. G. B. § 1069 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 331 unterwerfen den Anspruch auf Hingabe und den Anspruch auf Annahme des Darlehens einer besonderen kurzen Verjährung; ebenso der dresd. Entw. Art. 524. Es fehlt an einem Bedürfnisse zu einer solchen positiven, in den meisten Rechtsgebieten nicht geltenden Rechtsnorm, welche überdies, zumal in der Ausdehnung auf die Interesseforderung, erheblichen Bedenken unterliegt[1]).

Vierter Titel.

Kauf und Tausch.

I. Kauf.

§ 459.

1. Verpflichtungen des Verkäufers: a) Rechtsverschaffung;

Wie schon zu § 370 dargelegt ist, liegt dem Entwurfe die Auffassung zu Grunde, daß durch den Kaufvertrag an sich, ohne besondere Zusicherung des Verkäufers, letzterer zur Uebereignung des verkauften Gegenstandes an den

---

[1]) Sächs. G. B.: ein Jahr Verjährungsfrist; schweiz. Bd. Ges. und dresd. Entw.: sechs Monate; vergl. österr. G. B. §§ 983, 936, hess. Entw. IV Art. 86.

Käufer verpflichtet wird[1]). Im Anschlusse an die Vorschriften der §§ 370 ff. bringt der Entwurf (Abs. 1) diese Verpflichtung des Verkäufers je nach dem Gegenstande des Kaufes zum geeigneten Ausdrucke, wobei zu bemerken ist, daß unter „Recht" auch Forderungen als Kaufgegenstand (§§ 293 ff.) begriffen sind. Durch die erwähnten Vorschriften (§§ 370 ff.) werden die aus der Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers erfließenden Verpflichtungen desselben bezw. Rechte des Käufers im Einzelnen bestimmt und modifizirt. In der Begründung dieser Vorschriften wurde bereits bemerkt, daß die betreffenden Modifikationen nicht zur Anwendung kommen, wenn der Verkäufer im einzelnen Falle die Verschaffung des Eigenthumes oder sonstigen Rechtes noch besonders zugesichert hatte, daß vielmehr diesfalls die gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen nach dem Inhalte der besonderen Vereinbarung (§ 380) zu beurtheilen sind.

Daneben ist in § 459 nach dem Vorgange der meisten Kodifikationen die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der Sache, wo die Uebergabe nach der Natur des Kaufgegenstandes erforderlich ist, im Hinblicke auf die Wichtigkeit dieser Verpflichtung besonders hervorgehoben. Aus den Bestimmungen des ersten Absatzes ergiebt sich des Weiteren insbesondere, daß der Verkäufer durch den Kaufvertrag die nach sachenrechtlichen Vorschriften zur Uebertragung bezw. Rechtsverschaffung erforderlichen Erklärungen und Handlungen vorzunehmen verpflichtet wird (vergl. § 466). In der Gesetzgebung wird meist besonders hervorgehoben, daß der Verkäufer dem Käufer die verkaufte Sache mit Zubehörungen und Zuwachs herauszugeben habe[2]). Der Entwurf schweigt diesfalls. Hinsichtlich der Zubehörungen genügen die Vorschriften der §§ 789 bis 791. In Ansehung der Akzessionen (vergl. §§ 782 ff.) wäre die Aufstellung einer allgemeinen Regel dahin, daß der Verkäufer zu deren Mitherausgabe unbeschränkt verpflichtet sei, bedenklich, indem die Verpflichtungen des Verkäufers zur Herausgabe derselben, auch abgesehen von den Früchten (§ 463 Abs. 1), sich vorzugsweise nach dem Inhalte des Vertrages bezw. dem Parteiwillen bestimmen, wonach insbesondere sich entscheidet, ob der Verkäufer die Akzessionen mindestens, wenn sie von der Hauptsache sich trennen lassen, zu behalten berechtigt ist. b) Uebergabe.

Die Verpflichtungen des Käufers sind im zweiten Absatze bezeichnet. Diejenige zur Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises (§§ 460, 461) mag selbstverständlich erscheinen, ist aber, als für den Kaufvertrag im Gegensatze zu anderen auf Veräußerung und Umsatz gerichteten Verträgen karakteristisch hervorgehoben. Daneben ist nach dem Vorgange des preuß. A. L. R. I, 11 2. Verpflichtungen des Käufers: a) Kaufpreis

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 1, §§ 76, 77; österr. G. B. § 1053; code civil Art. 1582, 1583; bad. L. R. Satz 1582; vergl. österr. G. B. §§ 1053, 1061, zür. G. B. §§ 1383, 1398; schweiz. Bd. Ges. Art. 229; hess. Entw. IV, 2 Art. 1, 7, bayr. Entw. Art. 264, dresd. Entw. Art. 422. Das sächs. G. B. § 1082 hält in dieser Richtung an dem röm. Rechte (Windscheid § 389) fest.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 78—91; österr. G. B. §§ 1061, 1047; code civil Art. 1615; sächs. G. B. § 1090; hess. Entw. Art. 11, bayr. Entw. Art. 292, 293, dresd. Entw. Art. 425 Abs. 2; Windscheid § 389 N. 14. Das schweiz. Bd. Ges. schweigt zu der Frage.

b) Abnahme der verkauften Sache. § 215 (Eccius II § 125 A. 42, Dernburg II § 150 Nr. 3), des österr. G. B. § 1062, des schweiz. Bd. Ges. Art. 260, sowie des hess. Entw. Art. 21 und dresd. Entw. Art. 453 dem Käufer die Verpflichtung auferlegt, dem Verkäufer die verkaufte Sache abzunehmen. Diese Verpflichtung wird als eine allgemeine in Theorie und Praxis nicht durchaus anerkannt[1]). In den meisten Fällen ist jedoch die Abnahmepflicht, als eine aus dem Vertrage sich ergebende und selbständig klagbare, zweifellos begründet. Schwiege das Gesetz, so würde die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erscheinen und die Gefahr entstehen, daß sie nur in den Fällen anerkannt würde, in welchen sie ausdrücklich bedungen worden oder als stillschweigend vereinbart sich nachweisen ließe. Daraus, daß die modernen Kodifikationen sich überwiegend für die Verpflichtung aussprechen, ist auch auf ein praktisches Bedürfniß, dieselbe anzuerkennen, mit Sicherheit zu schließen. Daß der Käufer nur dann verpflichtet ist, die gekaufte Sache, bezw. die angebotene Sache abzunehmen, wenn sie vertragsmäßig angeboten ist (H. G. B. Art. 346, schweiz. Bd. Ges. a. a. O.), bedarf, da es aus anderen allgemeinen Vorschriften folgt[2]), keines besonderen Ausdruckes.

Anwendung allgemeiner Grundsätze. Die beiderseitigen Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers stehen unter der Regel der §§ 224, 257. Kein Zweifel kann daran bestehen, daß zur Diligenzpflicht des Verkäufers im Allgemeinen auch die Verpflichtung zur custodia in Ansehung des Kaufgegenstandes gehört (sächs. G. B. § 1093, österr. G. B. § 1061; vergl. H. G. B. Art. 343 Abs. 1). Bezüglich des Ortes und der Zeit der Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen greifen die allgemeinen Vorschriften der §§ 229—231 Platz.

In Ansehung des Abschlusses des Kaufvertrages gilt nichts Besonderes (s. §§ 77, 78 ff.). Er ruft nur die bezeichneten obligatorischen Verpflichtungen hervor; dagegen tritt vor der Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen noch keine rechtliche Aenderung in den Beziehungen des Kaufgegenstandes zu dem Vermögen des Verkäufers ein. Der Bewirkung der Uebergabe des Kaufgegenstandes liegt immer der obligatorische Kaufvertrag zu Grunde. Auch wo die zum Abschlusse des Vertrages erforderliche Willensübereinstimmung sich unmittelbar und erst im Geben und Nehmen des Kaufgegenstandes manifestirt (sächs. G. B. § 1082), involvirt die Uebergabe des Gegenstandes die Erfüllung des gleichzeitig abgeschlossenen (gegenseitigen) obligatorischen Kaufvertrages.

Anlangend den Eigenthumsübergang auf den Käufer, so bricht der Entwurf, nach dem Vorgange der modernen Gesetzgebung, mit dem römischrechtlichen Grundsatze, daß das Eigenthum der verkauften Sache nur dann auf den Käufer übergehe, wenn der Kaufpreis bezahlt oder angeborgt worden ist. Dieser Satz hat keine Begründung im Wesen des Kaufvertrages nach der Auffassung des Entwurfes und steht sowohl mit Verkehrsinteressen als mit sachenrechtlichen Grundsätzen im Widerspruche. Aus dem Schweigen des Gesetzes ergiebt sich die Aufhebung des Satzes von selbst[3]).

---

1) Seuffert's Archiv XXXII Nr. 129, Entsch. d. R. G. in Civils. V Nr. 111 S. 393.

2) Vergl. §§ 213, 214, 224 ff., 242, 243, 247, 361, 367, 369, 386, 398; § 572.

3) Ebenso das preuß. Recht, das schweiz. Bd. Ges., der bayr. Entw.; sächs. G. B. § 1094, dresd. Entw. Art. 498.

Der bei einem Kaufvertrage ausgesprochene Vorbehalt des Eigenthumes (pactum reservati dominii)[1]) hat seine Bedeutung auf dem Gebiete des Sachenrechtes, indem durch den Vorbehalt die Wirkung des dinglichen Uebertragungsaktes beeinflußt werden soll. Die ältere Theorie erblickte allerdings in dem Vorbehalte wegen des regelmäßigen Zweckes desselben (Sicherung des Verkäufers für den Kaufpreis) immer, oder wenigstens dann, wenn dieser Zweck hervortrete, den Vorbehalt eines Pfandrechtes. Es ist selbstverständlich, daß, wenn die Parteien in concreto einen (obligatorischen) Pfandrechtstitel vereinbart haben, der Käufer dem Verkäufer gegenüber (obligatorisch) verpflichtet ist, nach sachenrechtlichen Grundsätzen zur Bestellung des Pfandrechtes an dem auf ihn übertragenen Kaufgegenstande mitzuwirken. Ob eine derartige Vereinbarung unter Umständen in dem Vorbehalte des Eigenthumes gefunden werden kann, steht dahin. Heutzutage kann jene alte Theorie als aufgegeben betrachtet werden. Man streitet darüber, ob dem Vorbehalte in Ansehung des dinglichen Rechtsgeschäftes im Zweifel die Bedeutung einer Resolutiv- oder einer Suspensivbedingung beiwohne. Dieser Streit interessirt das Obligationenrecht nicht. Hier ist davon auszugehen, daß der Vorbehalt jedenfalls den obligatorischen Vertrag nicht zu einem bedingten macht, diesen vielmehr unberührt läßt und lediglich das dingliche Rechtsgeschäft beeinflussen kann[2]). Eine Frage für sich ist daneben, ob nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß die Parteien in der That keinen Vorbehalt des Eigenthumes, sondern einen obligatorischen Vertrag nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 426 ff., 436 beabsichtigt haben. *Vorbehalt des Eigenthumes.*

Eine Aufzählung der möglichen Verkaufsgegenstände (vergl. bayr. Entw. Art. 267) ist überflüssig. Die diesfalls bestehenden gesetzlichen Schranken ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften des Entwurfes (vergl. §§ 344, 346, 348, 349, 350).

Die Aufnahme von besonderen Vorschriften über den Lieferungsvertrag ist weder erforderlich noch räthlich. Auch ohne besondere Normirung wird die Wissenschaft und Praxis an der Hand der allgemeinen Vorschriften des Entwurfes (§ 348; vergl. Art. 338 des H. G. B.) das Richtige finden. Abgesehen vom preuß. Rechte[3]) hat keine moderne Gesetzgebung diesfalls eine besondere Normirung für nöthig erachtet. Die Abgrenzung des Kaufvertrages vom Werkvertrage ist in den §§ 567, 568 gezogen. *Lieferungsvertrag.*

Nach dem dresd. Entw. Art. 425 Abs. 3 (Art. 339) sollen Forderungen, welche dem Verkäufer in Beziehung auf die verkaufte Sache zustehen, wenn sie als in der Veräußerung mitbegriffen zu betrachten seien, auf den Käufer

---

[1]) Windscheid § 172 Noten 18, 18a. Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 268, 269, Ges. über den Eigenthumserw. v. 5. Mai 1872 § 26, Eccius II § 126 Nr. 2, bayr. Hypoth. Ges., württemb. Pfandges. von 1825 Art. 45, 59, Pfandentwickelungsges. Art. 16; sächs. G. B. § 292; hess. Entw. IV, 2 Art. 64—68, bayr. Entw. Art. 370—373, dresd. Entw. Art. 466.

[2]) S. Windscheid a. a. O.; Entsch. d. R. G. in Civils. VII Nr. 46, IX Nr. 39; dagegen dresd. Entw. Art. 466. Vergl. Entwurf §§ 870, 871.

[3]) S. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 981 ff.; Eccius II § 128 S. 124 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 29 S. 58, XIII Nr. 7 S. 14.

unmittelbar übergehen. Es ist an sich Thatfrage, ob derartige Forderungen im Kaufvertrage mitbegriffen sind. Zutreffendenfalls hängt die Entscheidung, ob eine besondere Zession erforderlich ist, davon ab, ob der Kaufvertrag die Auslegung gestattet, daß der dingliche Zessionsvertrag geschlossen worden (§ 294 Abs. 2) oder ob nur ein pactum de cedendo als geschlossen anzusehen ist. Die Vorschrift des § 238 hat daneben ihre selbständige Bedeutung (sächs. G. B. § 959).

Hoffnungskauf.

Der Entwurf giebt keine Bestimmungen über den sog. Hoffnungskauf (emtio rei speratae, emtio spei oder aleae, bedingter, unbedingter Hoffnungskauf). Solche sind überflüssig, insoweit derartige Verträge nach den allgemeinen, bezw. nach den für den Kaufvertrag geltenden Rechtsnormen zu beurtheilen sind. Das juristische Wesen dieser Verträge als gewagter Geschäfte bedingt aber auch die Anwendung anderer Rechtsnormen, und in dieser Richtung sind durchgreifende allgemeine Bestimmungen nicht angängig. Von selbst versteht sich übrigens insbesondere auch in Ansehung dieser Verträge, daß die Autonomie der Parteien nur so weit reicht, als das Gesetz ihr keine Schranken setzt[1]).

Die Vorschriften der §§ 362—366 sind maßgebend dafür, in welcher Weise die gegenseitigen Verpflichtungen des Verkäufers je nach den Umständen bei dem Baarkaufe, Kreditkaufe oder Pränumerationskaufe zu erfüllen sind. Die Bestimmung, daß im Zweifel Baarkauf zu vermuthen sei, ist ebenso entbehrlich, als die Aufstellung besonderer Anhaltspunkte oder Vermuthungen, wann ein Kauf als auf Borg abgeschlossen anzusehen sei[2]).

§ 460.

Kaufpreis: a) Geld;

Die Bestimmung des § 460 entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte (Windscheid § 385; preuß. A. L. R. I, 11 § 46, Eccius II § 124 S. 51; österr. G. B. § 1054; code civil Art. 1582; schweiz. Bd. Ges. Art. 229; sächs. G. B. § 1086; hess. Entw. Art. 5, bayr. Entw. Art. 264, dresd. Entw. Art. 423; vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 128 S. 357)[3]). Die Bestimmung, der Kaufpreis müsse in Geld festgesetzt sein, könnte insofern unrichtig erscheinen, als, wenn der Erwerber zu einer anderen Leistung sich verpflichtet hat, die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Kauf nicht unter allen Umständen ausgeschlossen ist, wie sich einestheils aus dem Willen der Parteien, anderentheils daraus ergeben kann, daß der Tauschvertrag den

---

[1]) Windscheid §§ 385 Note 5, 387 Note 1; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 527, 528 ff.; österr. G. B. §§ 1267, 1275 ff.; sächs. G. B. § 1083; hess. Entw. Art. 4, bayr. Entw. Art. 268, dresd. Entw. Art. 434. Vergl. §§ 105, 106, 344, 347, 660, 661; Entsch. d. R. G. in Civils. VI Nr. 79, XIV Nr. 21.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 92, 94, 221, 224; österr. G. B. §§ 1062, 1063, 1066, 1052; code civil Art. 1612, 1613, 1651; sächs. G. B. § 1098; schweiz. Bd. Ges. Art. 230; hess. Entw. Art. 8, 10, 22, bayr. Entw. Art. 294, dresd. Entw. Art. 426; H. G. B. Art. 342 Abs. 3.

[3]) Vergl. §§ 503, 531, 533 (Miethe, Pacht); § 567 (Werkvertrag).

Vorschriften über den Kaufvertrag unterstellt ist (§ 502). Bei der allgemeinen Vertragsfreiheit können im Gesetze auch nicht alle denkbaren Verträge behandelt werden, und in zahlreichen Fällen werden die für verschiedene Arten von Verträgen gegebenen Vorschriften in Verbindung mit einander zur Anwendung kommen müssen. Allein der Grundsatz: ein Kauf liegt nur vor, wenn die Gegenleistung des Erwerbers in der Zahlung einer Geldsumme besteht, behält immer noch seine besondere Bedeutung für die einen Kauf voraussetzende Anwendbarkeit anderer Rechtsnormen (z. B. derjenigen über Vorkauf) oder besonderer rechtsgeschäftlicher Bestimmungen (z. B. der die Verfügungsgewalt des Fideikommißbesitzers regelnden Anordnungen einer Familienfideikommißstiftung).

b) Weitere Leistungen.

Hat der Erwerber sich zur Zahlung einer Geldsumme und außerdem noch zu anderen Leistungen verpflichtet, so kann allerdings zweifelhaft sein, ob ein Kauf oder ein anderes Rechtsgeschäft (z. B. Werkvertrag) vorliegt, und, worauf bei der Entscheidung das Hauptgewicht zu legen ist, ob auf das Verhältniß des Werthes der anderen Leistungen zum Geldpreise oder auf die Bezeichnung des Geschäftes als eines Kaufes und den daraus herzuleitenden Willen der Parteien, sich den Rechtsnormen über den Kauf zu unterwerfen. Das Gesetz[1]) kann hierüber nichts bestimmen, hat vielmehr die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Die Vereinbarung solcher anderen Leistungen oder die Uebernahme derselben zu einem Anschlage an Stelle des Geldpreises stehen an sich mit dem Wesen des Kaufes keineswegs im Widerspruche (Satz 2; vergl. § 318 Abs. 2).

In Ansehung der Fälle, in welchen der Kaufpreis nicht genau bestimmt ist, genügen für den gemeinen Verkehr vollkommen die Vorschriften der §§ 352—357[2]). Auch sind Vorschriften darüber, ob Nebenleistungen, wie Weinkauf, Schlüsselgeld ꝛc., besonders bedungen sein müssen, ob sie in den Kaufpreis einzurechnen sind oder nicht (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 55), entbehrlich (§§ 72, 73, 359; vergl. § 418).

Laesio enormis.

Das Recht des Rücktrittes vom Kaufvertrage aus dem Grunde der sog. laesio enormis hat der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem sächs. G. B. (§ 864), dem schweiz. Bd. Ges., dem H. G. B. Art. 286, dem bayr. und dem dresd. Entw. beseitigt. Es fehlt für dieses in den heutigen Verkehrsanschauungen nicht mehr begründete, für die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährliche, kontroverse, bezw., wo es gesetzlich noch anerkannt ist, verschiedenartig gestaltete Rechtsmittel[3]), wie an der Grundlage in den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes (§§ 98, 102), so am Bedürfnisse. Erfahrungsgemäß wird ohnedies auf dasselbe in den weitaus meisten Fällen verzichtet. Im Falle eines Betruges genügen die diesfalls zustehenden Rechtsmittel.

---

[1]) Vergl. österr. G. B. § 1055, sächs. G. B. § 1086; hess. Entw. Art. 6, bayr. Entw. Art. 266, dresd. Entw. Art. 423.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 47 ff.; österr. G. B. § 1056 ff.; schweiz. Bd. Ges. Art. 261.

[3]) Windscheid § 396; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 58—69; österr. G. B. § 1060 (§§ 934, 935); code civil Art. 1674; bayr. L. R. IV, 3 §§ 19 ff.; württemb. L. R. II Tit. 14, württemb. Einf. Ges. zum H. G. B. Art. 44; hess. Entw. Art. 28—34.

§ 461.

Marktpreis als Kaufpreis.

Der Entwurf stellt im Einklange mit dem H. G. B. Art. 353 (vergl. österr. G. B. § 1058, sächs. G. B. § 1087, schweiz. Bd. Ges. Art. 261, dresd. Entw. Art. 424) die wichtige im Zweifel der Intention der Parteien entsprechende Regel auf, daß, wenn bei einem Kaufe (ausdrücklich oder stillschweigend) der Marktpreis als Kaufpreis bestimmt wird, der Marktpreis des Ortes, an welchem, sowie der Zeit, zu welcher der Verkäufer nach dem Vertrage zu erfüllen hat, als vereinbart anzusehen sei[1]). Dieser Preis muß im Einzelfalle erforderlichenfalls nachgewiesen werden. Die Bestimmung des sächs. G. B. und des dresd. Entw. a. a. O., daß, falls an dem bezeichneten Orte kein Marktpreis bestehe, der Preis des zunächst gelegenen Marktortes als vereinbart zu gelten habe, ist ungeeignet, weil häufig für einen Ort keineswegs der Marktpreis des nächstfolgenden Marktortes, sondern derjenige eines entfernteren Marktortes der maßgebende ist, die Ortsdifferenz auch in vielen Fällen nicht unbeachtet bleiben darf; jene Bestimmung fehlt auch in Art. 353 H. G. B.

§ 462.

Auskunftspflicht des Verkäufers.

Die in § 462 bezeichneten Verpflichtungen erfließen unmittelbar aus dem Kaufvertrage (§ 224 Abs. 1, § 359; vergl. sächs. G. B. § 1090; hess. Entw. Art. 11, dresd. Entw. Art. 425 Abs. 2). Aus den Vorschriften des § 462 in Verbindung mit denjenigen des § 301 ist ein über die Forderungsübertragung und den Kaufvertrag hinausreichendes Prinzip zu entnehmen, welches auf die meisten Veräußerungsverträge, insoweit die Vorschrift für sie paßt (z. B. Tausch, Theilung, Vergleich), entsprechende Anwendung findet. Bei der Schenkung wird übrigens in der hier fraglichen Beziehung vorzugsweise genau auf die Verhältnisse des einzelnen Falles und die vermuthliche Absicht des Schenkers zu sehen sein.

§ 463.

Gefahr;

Zu der Vorschrift des § 368 sind die Gründe dargelegt, welche in Ansehung der Frage der Tragung der Gefahr für den Entwurf bestimmend waren, an Stelle des gemeinrechtlichen Grundsatzes das in den modernen Kodifikationen überwiegend aufgenommene deutschrechtliche Prinzip anzunehmen. Wegen seiner Wichtigkeit mußte das Prinzip[2]) hier um so mehr ausgesprochen werden, als es in Ansehung der Grundstücke besonderer Regelung bedarf. Die Konsequenzen und einzelne Modifikationen des Grundsatzes sind in § 368 (§ 257 Abs. 2) ausgesprochen[3]). Bei dem Verkaufe beweglicher Sachen trägt der Verkäufer die Gefahr bis zur Uebergabe der Sache an den Käufer, während bei dem Verkaufe eines Grundstückes (§ 781) der Verkäufer die Gefahr

[1]) Das preuß. A. L. R. I, 11 § 54 bestimmt den Marktpreis des Zeitpunktes, zu welchem der Vertrag abgeschlossen worden, als maßgebend.

[2]) Vergl. §§ 568, 576, Werkverdingung.

[3]) Bezüglich des Erbschaftskaufes s. die abweichende Bestimmung in § 494.

bis zur Uebergabe bezw. bis zur Eintragung des Käufers in das Grundbuch trägt; erfolgt nämlich die letztere früher, als die Uebergabe, so geht mit dem Zeitpunkte der erfolgten Eintragung des Käufers als Eigenthümers im Grundbuche die Gefahr auf den letzteren über, obwohl ihm die Sache noch nicht übergeben ist (Abs. 1, 2). Für den Verkauf von Grundstücken ist die Frage auf dem Boden des Grundbuchsystemes eine sehr bestrittene; insbesondere auch für das preuß. Recht nach dem Eigenthumserw. Ges. v. 5. Mai 1872[1]). Mit der einen Ansicht die Tradition und nur die Tradition für maßgebend zu erklären, wäre ungerechtfertigt, weil es der Natur der Sache und dem Wesen des Kaufes als eines Veräußerungsvertrages widerstrebt, den Käufer, nachdem er Eigenthümer der Sache geworden und die volle rechtliche Herrschaft über dieselbe erlangt hat, gleichwohl noch von dem Tragen der Gefahr zu befreien. Dies würde regelmäßig sogar zu einem Widerspruche mit dem Parteiwillen führen; denn die Parteien, welche die Eintragung des Eigenthumsüberganges erwirkt haben, werden fast ausnahmslos von der Absicht geleitet und stillschweigend einverstanden sein, daß der Käufer fortan auch die Gefahr zu tragen habe. Unerheblich erscheint hierbei, daß vor der Uebergabe der Käufer zur Ueberwachung der Sache nicht im Stande ist; es ist seine Sache, das Eigenthum des Grundstückes ohne die Möglichkeit einer Ueberwachung nicht zu übernehmen. Auf der anderen Seite erscheint es auch nicht als zulässig, für den Uebergang der Gefahr Eintragung und Tradition vereint zu fordern. Der dafür geltend gemachte Grund, der Verkäufer habe die doppelte Verpflichtung, einmal zu tradiren, sodann durch die erforderliche Mitwirkung bei der Auflassung das Eigenthum zu verschaffen, ist nicht durchgreifend. Denn es kann der Uebergang der Gefahr augenscheinlich keineswegs von der Erfüllung aller dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig gemacht werden. Allerdings ergeben sich gegen die vom Entwurfe getroffene Entscheidung der Frage Bedenken aus der Möglichkeit eines zweifachen Verkaufes, wenn nämlich dem einen Käufer tradirt, dem anderen Käufer aufgelassen ist und nachher erst die Sache von einer Gefahr betroffen wird, und deshalb die Frage entsteht, welcher der mehreren Käufer den Schaden zu tragen habe. Richtiger wird die Frage gestellt, welchen Einfluß der Untergang auf jedes der beiden Schuldverhältnisse habe, und diese Frage wird sich von dem Grundsatze des Entwurfes aus, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung von der Gegenleistung befreit, leichter beantworten lassen, als von dem entgegengesetzten Grundsatze des gemeinen Rechtes, in welchem der doppelte Verkauf derselben Sache die gleiche Frage zur Beantwortung stellt. Derjenige Käufer, welchem das Grundstück nur übergeben ist, hat jedenfalls auch die Eigenthumsübertragung zu fordern, welche ihm von dem Verkäufer nicht gewährt werden kann. Jene Schwierigkeiten sind

insbes. bei Kauf von Grundstücken;

---

[1]) S. Dernburg I § 242 S. 550, II § 138 S. 346; Eccius I § 108 S. 739, II § 125 S. 70 f.; Entsch. d. R. G. in Civils. VII Nr. 69 S. 241 bis 243. Derselbe Streit besteht unter den Schriftstellern des österr. Rechtes (österr. G. B. §§ 1064, 1048—1051, 431). Der bayr. Entw. II Art. 282 (III Art. 149) stellt die gleiche Regel auf, wie der Entwurf (§ 463). Das sächs. G. B. hat das gemeinrechtliche Prinzip beibehalten (§§ 1118, 885—887).

nicht genügend, um ein an sich richtiges Prinzip zu opfern. Das Prinzip des Entwurfes, wonach der Käufer die Gefahr von dem Zeitpunkte an trägt, wo er, sei es die thatsächliche, sei es (vorher) die rechtliche Herrschaft über die Sache erlangt hat, ist aber richtig, weil es, wie bemerkt, dem Wesen des Kaufvertrages und der regelmäßigen Parteiintention entspricht, zudem die rechtsgeschichtliche Entwickelung für sich hat. Uebrigens versteht sich, daß die Regelung der ganzen Frage (Abs. 1 und 2) keine lex absoluta enthält, sondern eine nur dispositive ist.

bei bedingtem Kaufe; Der Entwurf giebt keine Bestimmung über den Fall eines unter einer Bedingung, insbesondere unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Kaufvertrages. Derselbe bietet in Ansehung der Gefahrtragung dann keine Schwierigkeit, wenn die Sache vor dem Eintritte der (Suspensiv-) Bedingung dem Käufer nicht übergeben wird, und dies wird die Regel bilden. Die Frage aber; wie, falls während schwebender Bedingung die Sache dem Käufer übergeben worden ist, es sich mit der Gefahrtragung verhalte, bleibt besser an der Hand der einschlagenden Vorschriften der Wissenschaft und Praxis zur Lösung überlassen. Dispositiv- oder Auslegungsregeln sind nicht angezeigt. Die Eintragung einer suspensiv bedingten Eigenthumsübertragung findet überhaupt nicht statt (§ 870).

bei Kauf in Pausch und Bogen. Der Entwurf enthält sich auch einer Sonderbestimmung über die Gefahrtragung bei dem sog. Kaufe in Pausch und Bogen. Soweit in der Gesetzgebung besondere Vorschriften sich finden, beruhen sie auf der Auffassung, daß ein solcher Kauf nicht blos die den Gegenstand desselben bildenden einzelnen Sachen zu einer Spezies (einem corpus) zusammenfasse, sondern daß hierbei der Käufer auch von dem Inhalte des corpus und der Beschaffenheit der einzelnen Bestandtheile absehe; daher die Unterscheidung zwischen der Gefahrtragung im Falle des Unterganges des Ganzen und bei dem Untergange oder der Verschlechterung einzelner Stücke. Jene Unterstellung trifft aber keineswegs allgemein zu. An sich ist der Kauf in Pausch und Bogen in Ansehung der Gefahrtragung wie der Kauf einer anderweit individuell bestimmten Sache zu behandeln, wenn nicht, was in nicht seltenen Fällen zutreffen mag, in concreto die Absicht der Parteien auf ein Absehen von dem Untergange einzelner Stücke oder von deren Beschaffenheit gerichtet ist. Eine solche Absicht wird sich im Einzelfalle leicht feststellen lassen (vergl. § 494)[1].

Nutzungen und Lasten der gekauften Sache. Bis zur Uebergabe, bezw. bis zur Eintragung des Eigenthumsüberganges gebühren dem Verkäufer die Nutzungen der Sache (Abs. 1, 2). Alle Gesetzgebungen sind darüber einig, daß dem Käufer so lange, als er die Gefahr nicht zu tragen habe, auch die natürlichen und bürgerlichen Früchte der Sache nicht zukommen[2]. Der Entwurf bindet das commodum

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 117 ff.; österr. G. B. §§ 1049, 930; hess. Entw. Art. 20; zür. G. B. § 1489; Gruchot in der Zeitschr. für Handelsr. III S. 476, 489.

[2]) Mommsen, Erörterungen I bes. S. 15, 29—33. L. 7 D. de peric. et comm. 18, 6, § 3 Inst. de emt. et vend. 3, 24, l. 10 D. de R. J. 50, 17; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 105—107; österr. G. B. § 1066, 1050; sächs. G. B. §§ 1091, 869; hess. Entw. Art. 19, bayr. Entw. Art. 293, dresd. Entw. Art. 429; vergl. code civil Art. 1583, 1614 (1624, 1138); schweiz. Bd. Ges. Art. 204. Entwurf § 494.

aber nicht unbedingt an das periculum, sondern spricht dem Verkäufer das Recht auf die Nutzungen nur zu, so lange er in Gemäßheit der Vorschriften des Abs. 1, 2 die Gefahr trägt. Die Transportgefahr (§ 465) kommt diesfalls nicht in Betracht. Der Entwurf erkennt mit der Vorschrift des § 463 überhaupt keineswegs das Prinzip, daß wer die Gefahr trage, stets auch Anspruch auf die Nutzungen habe, als ein allgemeines an. So lange der Verkäufer hiernach die Gefahr trägt bezw. die Nutzungen beanspruchen kann, müssen auch die Lasten, gleichviel ob sie auf den Nutzungen oder der Substanz ruhen, von ihm getragen werden. Bei der praktischen Wichtigkeit dieser Frage empfiehlt sich die entsprechende ausdrückliche Vorschrift (Abs. 1, 2). Sie setzt, wie die Bestimmung in Ansehung der Früchte, den Regelfall der Gefahrtragung voraus. Ist dieser durch besondere Vereinbarung außer Anwendung gesetzt, so entscheidet auch in Ansehung der Früchte und Lasten der im konkreten Falle zu ermittelnde Parteiwille. Bezüglich der Vertheilung der Früchte und Lasten zwischen Verkäufer und Käufer kommen die Vorschriften der §§ 794, 795 zur Anwendung.

Die Vorschrift des dritten Absatzes entspricht derjenigen des § 459, wonach beim Verkaufe eines auf eine Sache sich beziehenden Rechtes, zu dessen Ausübung die Inhabung der Sache erforderlich ist, die letztere zu übergeben ist.

§ 464.

Verwendungen des Verkäufers auf die Kaufsache.

In der bestehenden Gesetzgebung finden sich, abgesehen von dem sächs. G. B., keine besondere Vorschriften über den Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz der von ihm auf die Kaufsache gemachten Verwendungen; das sächs. G. B. (§ 1096) legt, wesentlich in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte (Windscheid § 389 Nr. 2 Note 19; vergl. Dernburg preuß. Priv. R. II § 150), dem Käufer die Verpflichtung zum Ersatze der von dem Verkäufer nach dem Verkaufe auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen auf. Eine Entscheidung der Frage ist insbesondere im Hinblicke auf den Fall, wenn die Gefahr der Sache schon vor der Uebergabe auf Grund einer besonderen Uebereinkunft oder kraft gesetzlicher Bestimmung (§ 463 Abs. 2, § 465) auf den Käufer übergegangen ist, erforderlich. Ueberließe man die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis an der Hand allgemeiner Grundsätze, so wäre die Argumentation nicht ausgeschlossen, daß der Verkäufer, weil er aus dem Vertrage zur Erhaltung und Bewahrung der Sache verpflichtet sei, auch mit der Abwendung von Gefahren nur eine aus dem Kaufvertrage entspringende Verpflichtung erfülle, deshalb auch die damit verbundenen Kosten tragen müsse, ein Anspruch auf Ersatz solcher Verwendungen also nicht stattfinde. Darin läge aber unverkennbar eine große Unbilligkeit. Der Entwurf begegnet dieser Unbilligkeit durch die Vorschrift des § 464 Satz 1. Entscheidend hierfür ist der Gesichtspunkt, daß füglich in den unterstellten Fällen, d. h. nach Schließung des Vertrages und vor der Uebergabe, wenn die Gefahr jedoch auf den Käufer übergegangen ist, der Verkäufer als vom Käufer beauftragt anzusehen ist, für die Erhaltung und Bewahrung der Sache zu sorgen.

Im Uebrigen bestimmen sich die Ansprüche des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz von Verwendungen, in Ermangelung besonderer Abrede, nach den allgemeinen Grundsätzen, d. h. nach denjenigen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 749 ff.). Der Entwurf verweist auf diese Grundsätze ausdrücklich, um einem aus der Bestimmung des ersten Satzes zu entnehmenden unrichtigen argumentum e contrario, jeder andere Ersatzanspruch sei ausgeschlossen, zu begegnen[1]).

§ 465.

Transportgefahr: a) Geltendes Recht;

Die Frage, wer die Gefahr zu tragen habe, wird besonders praktisch, wenn es sich um die Versendung der gekauften Sache durch den Käufer handelt. Wo die Gesetzgebung sich der Regelung dieses Falles unterzogen hat, geschah es mit der Tendenz, dem Verkäufer die Transportgefahr abzunehmen und solche spätestens von dem Zeitpunkte der Ueberlieferung der Kaufsache an die zur Beförderung gewählte Person ab auf den Käufer zu wälzen. Das preuß. A. L. R. unterwirft zwar die Transportgefahr der von ihm in Ansehung des Gefahrüberganges aufgestellten Regel, verlegt aber auch bei der Versendung der verkauften Sache den Zeitpunkt der Tradition auf den Moment der Versendung, dergestalt, daß Eigenthums- und Gefahrübergang hier gleichfalls, wie in den Regelfällen, zusammenfallen (I, 11 §§ 128—134). Auf demselben Wege kommt zu dem gleichen Resultate das österr. G. B. (§ 429). Auch das in Ansehung der Gefahrtragung dem gemeinen Rechte folgende sächs. G. B. (§ 204) erblickt, wenn Sachen übersendet werden und der Empfänger die Art der Uebersendung bestimmt hat, in der Uebergabe der Sache zur Versendung gemäß dieser Bestimmung den Besitzerwerb des Empfängers. Beim Kaufe von nur der Gattung nach bestimmten Sachen, wo der Berechtigte den Zufall von der in Gemäßheit des Vertrages erfolgten Ausscheidung an trägt, ist unter der vertragsmäßigen Ausscheidung auch die Uebergabe an den Spediteur ꝛc. begriffen (Motive zu § 867 bei Siebenhaar II S. 132). Selbständig hat das zür. G. B. (§ 1444) über die Tragung der Transportgefahr bestimmt und letztere auf den Käufer gelegt. Auch das deutsche H. G. B. Art. 345 regelt, wie bekannt, die Transportgefahr, ganz abgesehen von Tradition, Besitz- und Eigenthumserwerb, indem dasselbe, wenn es sich um das vertragsgemäße Senden seitens des Verkäufers an den Erfüllungsort handelt, diesen, dagegen im Falle des Versendens an einen anderen als den Erfüllungsort den Käufer die Transportgefahr tragen läßt. Ebenso bestimmt der dresd. Entw. (Art. 430), übrigens nur für den Verkauf einer dem Stücke nach bestimmten Sache, daß, falls solche nach Anweisung des Käufers an einen anderen als den Erfüllungsort versendet werden muß, der Käufer die Gefahr von dem Zeitpunkte an zu tragen habe, wo die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zum Transporte bestimmten Person von dem Verkäufer übergeben worden ist[2]).

---

[1]) Vergl. §§ 514, 553 Abs. 2, 1010 Abs. 2, 1159, 1880 Abs. 1.

[2]) Nach dem schweiz. Bd. Ges. (Art. 204) geht, wenn die veräußerte Sache nur der Gattung nach bestimmt und zu versenden ist, die Gefahr auf den Käufer über, falls sie zur Versendung abgegeben worden ist (vergl. Art. 203, Schneider und

Der Entwurf folgt dem H. G. B. Entscheidend ist die Rücksicht auf die rechtsgeschichtliche Entwickelung der für die Tragung der Tansportgefahr bei dem Kaufe maßgebenden Rechtsnormen, sowie auf den geschilderten Stand des geltenden Rechtes. Haben sich jene Normen zunächst nur für den handelsrechtlichen Kauf entwickelt, so zeigt doch die bestehende Gesetzgebung, daß ein gleiches Bedürfniß, wie für den Handelskauf, auch im übrigen Verkehre sich geltend machte, und wird die Ueberwälzung der Gefahr auf den Käufer auch dem muthmaßlichen Willen der Parteien entsprechen. Für das gemeine Recht bedurfte es allerdings einer besonderen Bestimmung nur für solche Fälle, wo, wie bei dem Genuskaufe, nicht schon die Schließung des Vertrages den Uebergang der Gefahr auf den Käufer bewirkte. Anders für den auf dem deutschrechtlichen Prinzipe beruhenden Entwurf. Die Bestimmung des Entwurfes (Abs. 1) gilt gleichermaßen für den Spezieskauf, wie für den Kauf von nur der Gattung nach bestimmten Sachen; in Rücksicht auf letztere wird die Bestimmung nur durch diejenige des § 214 ergänzt. Der Entwurf folgt dem H. G. B. auch insoweit, als er von der Frage, ob durch die Auslieferung der Sache an den Spediteur 2c. an den Verkäufer tradirt wird, ganz absieht und, abweichende Vereinbarungen vorbehalten, positiv bestimmt, daß die Transportgefahr dann, wenn die verkaufte Sache auf Verlangen des Verkäufers an einen anderen Ort, als den Erfüllungsort, versendet wird, immer auf den Käufer schon mit der Auslieferung an die zum Transporte bestimmte Person übergehe. Die Versuche, nachzuweisen, daß durch die Auslieferung der Sache an diese Person für sich allein immer dem Käufer tradirt werde, beruhen auf künstlichen, im praktischen Leben keineswegs begründeten Unterstellungen und haben im Entwurfe keinen Boden. Ebensowenig wäre die Behauptung haltbar, daß in allen Fällen, wo der Verkäufer eine Versendungspflicht übernommen, schon die Aufgabe behufs Versendung die Erfüllung der Verbindlichkeit des Verkäufers enthalte. Vom Standpunkte des Entwurfes aus sind vielmehr die beiden Fälle zu unterscheiden, wo der Verkäufer dem Käufer die Sache an den Erfüllungsort zu senden (bringen) hat und versendet, und wo er sie auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort versendet. Ersterenfalls bildet die Versendung an den Erfüllungsort einen Theil der dem Verkäufer gemäß dem Kaufvertrage behufs der Erfüllung obliegenden Verpflichtungen; erst mit der Uebergabe an den Käufer am Erfüllungsorte geht die Gefahr auf den letzteren über, wie sich ohne besondere Bestimmung (vergl. H. G. B. Art. 345 Abs. 2) aus dem Prinzipe (§ 463 Abs. 1) von selbst ergiebt. In dem anderen Falle dagegen übernimmt der Verkäufer, welcher aus dem Kaufvertrage zur Versendung an den Ort, welcher nicht Erfüllungsort ist, nicht verpflichtet ist, auf Verlangen des Käufers nur eine weitere Verbindlichkeit, durch welche die Verbindlichkeit

b) Entwurf.

Versendung an den Erfüllungsort,

an einen anderen Ort.

Fick a. a. O. S. 167). Der bayr. Entw. (Art. 296) läßt bei einer Versendung an den gesetzlichen Erfüllungsort den Verkäufer von der Tragung der Transportgefahr dann frei, wenn der Käufer eine besondere Art der Uebersendung verlangt und der Verkäufer diese eingehalten hat; über den Fall der Versendung an einen anderen Ort ist nichts bestimmt. Der hess. Entw. hat die Transportgefahr nicht besonders geregelt. Ueber das franz. Recht s. Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 148 S. 416 ff.

aus dem Kaufvertrage, welche auf Uebergabe der Sache an den Käufer geht und durch die bloße Absendung allein nicht erfüllt wird, nicht aufgehoben oder verwandelt wird. Eben deshalb ist auch die besondere Bestimmung des § 465 nöthig.

Der Entwurf bestimmt nur über die Frage der Transportgefahr. Die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Vertragschließenden werden im Uebrigen hierdurch nicht berührt; es verbleiben dem Käufer insbesondere, wenn die Sache auf dem Transporte untergegangen sein soll, die Rechtsmittel wegen etwaiger mangelhafter Beschaffenheit der Sache. Desgleichen greift auch im Falle des § 465 die Bestimmung des § 463 Abs. 1 Platz, wonach bis zur Uebergabe an den Käufer der Verkäufer die Lasten der verkauften Sache zu tragen hat, andererseits ihm bis dahin die Nutzungen der Sache gebühren, wie die Bestimmung des § 464 Satz 1 dem Verkäufer zu gute kommt.

Art der Versendung; Anweisung des Käufers.

Der Verkäufer hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters (§ 224 Abs. 1) die Versendung zu bewerkstelligen (vergl. H. G. B. Art. 344, bayr. Entw. Art. 295, dresd. Entw. Art. 431). Dies ist selbstverständlich. Nothwendig erscheint aber die Vorschrift des zweiten Absatzes, wonach, wenn der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung ertheilt hat und der Verkäufer ohne dringende Veranlassung von der Anweisung abgewichen ist, der Verkäufer für den hieraus entstehenden Schaden verantwortlich ist (H. G. B. Art. 345 Abs. 1 Satz 2). Der Uebergang der Gefahr auf den Käufer wird hiernach durch eine derartige Abweichung des Verkäufers von der Anweisung des ersteren nicht gehindert[1]).

§ 466.

Kosten der Erfüllung,

Die Vorschrift des ersten Absatzes enthält die Anwendung eines allgemeinen Prinzipes auf den Kaufvertrag. Wer zu einer Leistung verpflichtet ist, hat, soweit nicht etwas Anderes als vereinbart anzunehmen ist, auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken. Die Bestreitung dieser Kosten gehört zur vollständigen Leistung (§ 224 Abs. 1). Dem entspricht andererseits, daß der Käufer die Kosten der Abnahme, und, sofern die gekaufte Sache nach einem anderen Orte, als demjenigen der Erfüllung zu versenden ist, die Kosten dieses Transportes zu tragen hat[2]).

insbes. der Auflassung und Eintragung.

Die besondere Bestimmung des zweiten Absatzes entspricht mindestens in Ansehung des Verkaufes von Grundstücken einer weitverbreiteten Verkehrssitte; ihre Ausdehnung auf die Fälle des Verkaufes eines Rechtes an einer unbeweglichen Sache ist durch die Konsequenz und die Rücksicht auf die Harmonie des Gesetzes geboten. Entgegenstehende Vereinbarungen sind selbstverständlich auch hier vorbehalten. Die richtige Begrenzung findet die Bestimmung überdies durch diejenige des § 378.

---

[1]) Vergl. nürnb. Protokolle S. 640; Hahn, Kommentar zum H. G. B. 2. Aufl. II S. 281 ff.; s. dagegen preuß. A. L. R. I, 11 §§ 129, 133; dresd. Entw. Art. 430.

[2]) Code civil Art. 1608; sächs. G. B. § 701; schweiz. Bd. Ges. Art. 232, 233; H. G. B. Art. 351; bayr. Entw. Art. 297 (Mot. S. 133), dresd. Entw. Art. 432.

§ 467.

Die gesetzliche Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des fälligen Kaufpreises von Uebergabe der Sache an wird in den Quellen des gemeinen Rechtes und in der sonstigen Gesetzgebung aus Billigkeitsrücksichten abgeleitet. Diese Rechtfertigung der an sich singulären Vorschrift ist insofern nicht unbedenklich, als der Grund nöthigen würde, weiter zu gehen und zwar sowohl für den Kauf etwa durch Anerkennung des allgemeinen Grundsatzes des preuß. Rechtes, wonach „kein Kontrahent wider des anderen Willen Kaufgeld und Sache zugleich nutzen kann", als durch Ausdehnung der Vorschrift auch auf andere Geschäfte[1]). Allein es handelt sich um eine Vorschrift, welche in Deutschland nahezu überall geltendes Recht ist, wenigstens in dem Grundgedanken, wenn auch mit Abweichung in Einzelheiten[2]). Ohne die zwingendsten Gründe, welche fehlen, kann bei einem so wichtigen Gegenstande das geltende Recht nicht geändert und dadurch auf lange Zeit in den Verkehr auf die störendste Weise eingegriffen werden. Für die Bestimmung des Entwurfes ist gleichgültig, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, und auch die im gemeinen Rechte bestrittene Frage, ob der gekaufte Gegenstand ertragsfähig sein müsse, ohne Bedeutung[3]). Entscheidend ist nur, daß dem Käufer kraft gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Bestimmung die Nutzungen (§ 793) gebühren. Die aus dem Gegenstande des Kaufes hergenommene Unterscheidung bezw. Beschränkung, ob nämlich die Sache (bürgerliche oder natürliche) Früchte hervorbringt, ist nicht nachahmungswerth. Man müßte von jener Unterscheidung aus bei fruchttragenden Sachen, zumal Grundstücken, noch weiter unterscheiden, ob in die entscheidende Zeit gerade eine Ernte gefallen ist. Dies würde aber zu weitläufigen und widerwärtigen Prozessen führen. Ueberdies hat auch bei Grundstücken der Gebrauch für sich einen Werth. *Verzinsung des Kaufpreises.*

Der Entwurf macht keine Ausnahme von der Bestimmung für den täglichen Kleinverkehr. Die Vorschrift ist lediglich dispositiv, kommt bei abweichender Vereinbarung nicht zur Anwendung; eine solche kann aber füglich auch aus dem thatsächlichen Gebrauche entnommen werden (§§ 73, 359).

Ist das Kaufgeld gestundet, so kann die Bestimmung keine Anwendung finden. Der Verkäufer, welcher mit der späteren Zahlung des Kaufpreises sich einverstanden erklärt, ohne die Verzinslichkeit sich auszubedingen, giebt zur *im Falle der Stundung.*

---

[1]) Vergl. übrigens § 573 Abs. 3.

[2]) S. Windscheid a. a. O. § 389 Note 18, § 259 Note 7; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 109—116, 227, Dernburg II § 150 Nr. 2; code civil Art. 1652; zür. G. B. §§ 1433, 1434; sächs. G. B. § 1095; schweiz. Bd. Ges. Art. 226; hess. Entw. Art. 24, bayr. Entw. Art. 283, dresd. Entw. Art. 435; vergl. H. G. B. Art. 289. Für das österr. Recht wird beim Schweigen des G. B. zu der Frage die Unanwendbarkeit der gemeinrechtlichen Bestimmung behauptet von Unger in Haimerl's Vierteljahrsschrift S. 120 Nr. 3, S. 129 Nr. 6 und Hasenöhrl, österr. Obl. R. § 20 Note 36 S. 277.

[3]) Code civil Art. 1652; hess. Entw. Art. 24; für das preuß. A. L. R. s. Dernburg a. a. O. Nr. 13, Eccius II § 125 A. 55, Entsch. d. R. G. in Civils. II Nr. 55 S. 201.

Genüge den Willen kund, Zinsen nicht in Anspruch zu nehmen. Sein Verfahren läßt regelmäßig erkennen, daß er bei der Vereinbarung des Kaufgeldes die Zinseneinbuße schon in Anschlag gebracht hat[1]). Aus der Fassung des zweiten Satzes folgt zugleich, daß, wenn der Kaufpreis gestundet ist, mit Ablauf der betreffenden Zeit allein die im ersten Satze bestimmte Verpflichtung zur Zinszahlung noch nicht eintritt[2]). Die Entscheidung der Frage, ob, wenn der Verkäufer dem Käufer erst nach Abschluß des Kaufvertrages Stundung bewilligt, hiermit auf die gesetzlichen Zinsen von da ab verzichtet werde, muß an der Hand der konkreten Umstände der Praxis überlassen werden. Auch eine gesetzliche Entscheidung der Frage, ob, wenn an Stelle des Preises andere Sachen zu einem bestimmten Geldanschlage zu leisten sind (§ 460), Zinsen aus dem Anschlage zu entrichten sind, ist nicht erforderlich.

§§ 468, 469.

Verbote der Theilnahme an einem Kaufe: a) Geltendes Recht;

Das Verbot an Personen, welche fremdes Vermögen kraft Amtes verkaufen, findet sich schon im röm. Rechte[3]). Das preuß. A. L. R. (I, 11 § 20) untersagt demjenigen, welcher fremde Sachen oder Güter verwaltet, von denselben oder ihren Nutzungen, so lange sein Auftrag dauert, ohne die besondere Bewilligung des Eigenthümers etwas käuflich an sich zu bringen. Daneben ist bei Versteigerungen und gerichtlichen Verkäufen den dabei thätigen Beamten (Auktionatoren, Ausrufer, Richter, Protokollführer) verboten, die ausgebotene Sache zu erstehen (a. a. O. §§ 21, 22). Die preuß. Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher v. 24. Juli 1879 (§ 75 Abs. 3) untersagt diesen Personen insbesondere, die Pfandstücke, ohne Unterschied, ob die Veräußerung im Wege der öffentlichen Versteigerung oder des freihändigen Verkaufes erfolgt, selbst oder durch Andere zu erwerben oder von ihren Angehörigen erwerben zu lassen. Nach dem code civil Art. 1596 können Bevollmächtigte die Sachen, deren Verkauf ihnen aufgetragen ist, weder selbst noch durch untergeschobene Personen erstehen[4]). Das bayr. Ausführungsgesetz zur C. P. O. (Art. 23) und das bayr. Ges., betr. die Zwangsvollstr. in das unbewegl. Verm. (Art. 73), v. 23. Februar 1879 verbieten bei Versteigerungen im Wege der Zwangsvollstreckung den hiermit betrauten Personen sowie den von ihnen beigezogenen Gehülfen oder Ausrufern persönlich oder durch Andere mitzubieten. Ueber die Rechtsfolgen der Zuwiderhandlung ist nichts gesagt. Gleiche Verbote enthalten für das Königreich Sachsen die Instruktion für die Gerichtsvollzieher (Verordn. v. 2. September 1879 § 149), für das Großherzogthum Hessen die Instruktion für die Ortsgerichte in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen v. 26. Oktober 1852 (§ 74) und die Gerichtsvollzieherordn. v. 21. Mai 1879 (§ 11), sowie

---

[1]) Vergl. Seuffert's Archiv XXXIV Nr. 296 (R. O. H. G.); Dernburg a. a. O. Note 14; sächs. G. B. § 1095; schweiz. Bd. Ges. Art. 226, 117; bayr. Entw. Art. 283, dresd. Entw. Art. 435.

[2]) Vergl. Seuffert's Archiv XXXIII Nr. 122, XXXIV Nr. 32.

[3]) L. 34 § 7 l. 46 D. de contr. emt. 18, 1, l. 5 §§ 2—4 D. de auct. 28, 8.

[4]) Zachariä II § 351.

einige andere Partikulargesetze (Ausf. Ges. zur C. P. O. für Reuß ä. L. v. 3. Mai 1879 § 23, für Lippe-Detmold v. 20. Juni 1879 § 11, s. Ges., betr. das Verf. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, v. 12. April 1879; vergl. hannov. Proz. O. v. 8. November 1850 § 553). Während auch in den letzterwähnten landesrechtlichen Bestimmungen bezüglich der Rechtsfolgen der Uebertretung des Verbotes stillschweigend auf allgemeine Grundsätze verwiesen ist, schreibt das württemb. Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 18. August 1879, welches (Art. 31, vergl. württemb. Exekut. Ges. v. 15. April 1825, Art. 34) gleichfalls den mit Vornahme einer Zwangsversteigerung beauftragten und dazu verpflichteten Personen, sowie den beigezogenen Protokollführern verbietet, die zum Verkaufe bestimmte Sache unter eigenem oder fremdem Namen zu kaufen, vor, daß der Kauf im Falle der Zuwiderhandlung nichtig sei und der Uebertreter den für den Gläubiger oder den Schuldner sich ergebenden Schaden zu ersetzen habe. Eine allgemeine Bestimmung, wie sie das preuß. A. L. R. (a. a. O. § 20) und der code civil aufstellen, hat der Entwurf nicht aufgenommen. b) Entwurf.
Soweit bei bestimmten einzelnen Vertretungsverhältnissen eine Beschränkung des Vertreters in Ansehung von Rechtsgeschäften zwischen sich und dem Vertretenen erforderlich schien, ist gehörigen Ortes vorgesehen[1]). Soweit auf öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beruhende Erwerbsverbote oder in Landes-Disziplinargesetzen Beamten gegenüber ausgesprochene Verbote in Ansehung anderer als Veräußerungsverträge in Frage stehen, ist im Einführungsgesetze über die etwa erforderlichen Vorbehalte zu bestimmen. Dort ist, soweit nöthig, auch über die privatrechtlichen Wirkungen solcher landesgesetzlichen Verbote zu befinden. Dagegen besteht ein Bedürfniß, ganz unabhängig von den disziplinarrechtlichen Anordnungen, durch privatrechtliche, im ganzen Reichsgebiete geltende Rechtsnormen das im Entwurfe aufgenommene Verbot auszusprechen und zugleich zu bestimmen, welche privatrechtliche Folgen die Uebertretung, bezw. Umgehung des Verbotes nach sich ziehen. Disziplinarrechtliche Verbote sind jedenfalls schon aus dem Grunde nicht genügend, weil auch auf die Gehülfen der betreffenden Personen Rücksicht zu nehmen und die gedachten Folgen durch eine positive Bestimmung auszusprechen sind. Das Bedürfniß, das Verbot noch auf andere Verträge in ähnlicher Weise reichsgesetzlich auszudehnen, besteht nicht.

Der Entwurf (§ 468 Abs. 1) verbietet allen mit der Vornahme oder Leitung eines Verkaufes im Wege der Zwangsvollstreckung beauftragten Personen, sowie den von diesen bei Erledigung des konkreten Auftrages zugezogenen Gehülfen mit Einschluß des Protokollführers, den zum Verkaufe bestimmten Gegenstand persönlich oder durch einen anderen zu kaufen. Wer dieses Verbot verletzt, handelt demnach rechtswidrig und hat den Schaden zu ersetzen (§ 704 Abs. 1). Das Verbot basirt nicht auf einer gesetzlichen Beschränkung dieser Personen in der Befugniß, mit sich selbst zu kontrahiren. Es dient vielmehr positiv zum Schutze der bei dem Verkaufe Betheiligten, deren Interessen hier möglicherweise verschieden sind (Abs. 2), sowie zur Garantie für die Unparteilichkeit und Lauterkeit in der Geschäftsführung der Personen, α. Voraussetzungen und Wirkung des Verbotes;

[1]) Vergl. §§ 45, 1503, 1651.

an welche das Verbot gerichtet ist. Demgemäß beschränkt sich auch das Verbot auf solche Fälle, in welchen derjenige, für dessen Rechnung verkauft wird, kraft Gesetzes genöthigt ist, einen Verkauf anzuerkennen, zu dem er seine Genehmigung nicht ertheilt hat, d. h. auf Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung (vergl. z. B. § 769 Abs. 2).

Der Entwurf erklärt einen dem Verbote zuwider erfolgten Kauf nicht für nichtig (code civil a. a. O., Zachariä § 351 Abs. 14; württemb. Ges. a. a. O.), sondern im Anschlusse an das preuß. A. L. R. (§§ 23, 24 a. a. O.) in Ansehung seiner Wirksamkeit von der Genehmigung der als Schuldner, Eigenthümer oder Gläubiger Betheiligten (nicht blos einer dieser Personen) abhängig. Diese Regelung entspricht dem Interesse aller Betheiligten, während man mit Annahme der Nichtigkeit in vielen Fällen über das Interesse derselben hinausgriffe. Zugleich stellt der Entwurf klar, daß sowohl der obligatorische als der dingliche Vertrag unter das Verbot fallen (Abs. 2). Hiernach sind im dritten Absatze die Vorschriften des § 123, welcher einen Fall behandelt, der mit dem gegenwärtigen immerhin die größte Aehnlichkeit hat, für anwendbar erklärt. Sachgemäß schließt sich die Bestimmung des letzten Satzes des dritten Absatzes an[1]). Die Verpflichtung zum Ersatze weiteren Schadens versteht sich von selbst (Abs. 1).

β. Ausdehnung des Verbotes auf andere Fälle.

Der § 469 erklärt die Vorschriften des § 468 in konsequenter Durchführung des denselben zu Grunde liegenden Gedankens für anwendbar in allen Fällen, wo ohne die Voraussetzung der Zwangsvollstreckung der Auftrag zum Verkaufe auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung ertheilt wird, durch welche Jemand ermächtigt ist, einen Gegenstand für Rechnung eines Anderen zum Verkaufe zu bringen, insbesondere in den Fällen eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes. Hierdurch werden insbesondere die Fälle des sog. Selbsthülfeverkaufes (vergl. § 278; H. G. B. Art. 343), wie der nach Maßgabe der §§ 1169 ff. erfolgende Verkauf des Faustpfandes getroffen. Seine Bestimmung, wie diejenige des § 468, gilt auch für den gesetzlicher Bestimmung gemäß zugelassenen freihändigen Verkauf zum Tageskurse bei Gegenständen, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben. Die mit der Vornahme dieses Verkaufes betraute Person ist in der Lage, auf den Tageskurs einzuwirken, welcher zudem auch während der Börsenzeit oft kein fester ist, sondern nicht selten auf- und niedersteigt.

§ 470.

Besondere Arten des Kaufes: 1. Kauf nach Probe oder Muster.

Der Kauf nach Probe oder Muster hat sich als ein Vertrag besonderer Art ausgebildet. Deshalb hat der Entwurf, obwohl Theorie und Praxis über die juristische Natur eines solchen Kaufvertrages einig sind, im Anschlusse an eine größere Zahl moderner Gesetze und Entwürfe[2]) und in sachlicher Ueber-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 24; vergl. C. P. O. § 718 Abs. 3.

[2]) H. G. B. Art. 340; sächs. G. B. § 907; schweiz. Bd. Ges. Art. 267; bayr. Entw. Art. 354, dresd. Entw. Art. 449. Das preuß. A. L. R., das österr. G. B., der code civil und der hess. Entw. enthalten keinerlei Bestimmungen über den Kauf nach Probe.

einstimmung hiermit die Bestimmung des § 470 aufgenommen. Aus der Fassung derselben erhellt, daß auf die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Verkäufers und Käufers insbesondere die Vorschriften der §§ 367, 381 ff., 398 Anwendung finden.

Aufbewahrung der Probe. Beweislast. In Ansehung der Verpflichtung des Käufers, die ihm eingehändigte Probe aufzubewahren und vor Schaden zu behüten, solche im Prozesse vorzulegen, sowie in Ansehung der Beweislast über die Identität der Probe oder über die Probemäßigkeit der Kaufsache im Falle des Verlustes oder der Veränderung der Probe finden sich, meist im Einklange mit den diesfallsigen Erörterungen der Doktrin und der Rechtsprechung, in einem Theile der bestehenden Gesetzgebung noch weitere Bestimmungen. Die Aufnahme derartiger Bestimmungen, auch soweit sie zweifellos materiellrechtlicher Natur sind, ist jedoch überflüssig und wäre andererseits nicht durchaus unbedenklich. Es handelt sich um Fragen, welche feststehen oder für die Entscheidung keine besonderen Schwierigkeiten bieten, deren Lösung aber, sofern sie im Einzelfalle Zweifel erregen kann, der Wissenschaft und Praxis an der Hand der einschlagenden allgemeinen Grundsätze überlassen bleiben muß[1]).

§ 471.

2. Kauf auf Besicht oder Probe. Bei dem Kaufe auf Besicht oder Probe[2]) ist der Käufer nicht gebunden, so daß er nach freiem Belieben billigen oder mißbilligen kann. Diesen, in den modernen Kodifikationen in Uebereinstimmung mit der herrschenden Theorie und der Verkehrsauffassung durchweg vertretenen Grundsatz stellt der Entwurf (Abs. 1) voran; er gilt als allgemeine Regel. Nicht minder ist allgemein anerkannt, daß, während der Käufer frei billigen oder mißbilligen kann, der Verkäufer fest gebunden ist[3]). Ueber die rechtliche Natur oder die juristische Konstruktion einer derartigen Kaufabrede ist aber lebhafter Streit, hervorgerufen namentlich durch die Betrachtung, daß bei der Auffassung dieses Geschäftes als eines durch das bloße Wollen oder Belieben des Käufers suspensiv bedingten Vertrages der Grundsatz verletzt erscheint, wonach eine solche Bedingung nicht in dem bloßen Wollen des Verpflichteten bestehen kann, daß aber das Geschäft in den römischen Rechtsquellen vielfach unter dem Gesichtspunkte eines bedingten Vertrages behandelt wird. Die verschiedensten Versuche wurden gemacht, um die juristische Natur des Geschäftes in Einklang

Rechtliche Natur.

---

[1]) Zür. G. B. §§ 1446—1448; schweiz. Bd. Ges. Art. 267, 268; bayr. Entw. Art. 354, 355; Windscheid § 387 Note 15; Thöl § 72; Dernburg II § 154; Hahn, Kommentar zum H. G. B. II (Art. 340) S. 255 ff.; Seuffert's Archiv VII Nr. 304, XXIII Nr. 274, XXIX Nr. 178, XXXI Nr. 325, 326, XXXII Nr. 97, XXXIV Nr. 312.

[2]) Ueber die verschiedenen, im Verkehre gebrauchten Bezeichnungen dieses Geschäftes s. Goldschmidt in der Zeitschr. für H. R. I S. 435 f.

[3]) H. G. B. Art. 339; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 333 ff., Dernburg II § 153; österr. G. B. §§ 1067, 1080, 1081; code civil Art. 1587 f., Zachariä II § 349 S. 447, Goldschmidt a. a. O. S. 413; sächs. G. B. §§ 1101 f.; schweiz. Bd. Ges. Art. 269, Schneider und Fick a. a. O. S. 214; hess. Entw. Art. 47, bayr. Entw. Art. 352, dresd. Entw. Art. 450; Windscheid II § 387 S. 452 f., I § 93 Note 1.

mit jenem Grundsatze zu bringen, ohne daß bisher Einhelligkeit der Ansichten erzielt wäre[1]). Um so mehr ist eine Vorschrift erforderlich, welche eine Anleitung giebt, wie das Rechtsverhältniß im Zweifelsfalle juristisch zu beurtheilen ist. Ohne solche Vorschrift würden unfehlbar die erwähnten Zweifel auch in der Praxis eine Menge von Streitfragen hervorrufen. Der richtige Weg ist durch die Bestimmung des § 79 gegeben[2]). An sie schließt sich der Entwurf im zweiten Absatze an. Nach dieser Bestimmung steht nicht der gegenseitige Vertrag, sondern nur die Verpflichtung des Verkäufers unter einer Suspensivbedingung (wenn der andere Theil will), während der Käufer noch in keiner Weise, auch nicht suspensiv gebunden ist. Bis zur Entscheidung über die Bedingung (§ 473) ist der Verkäufer allein an den Vertrag gebunden. Mit der Erfüllung der Bedingung, der Erklärung des Wollens des Käufers, wird auch dieser gebunden. Mit dem Ausfalle der Bedingung (mit der Mißbilligung des Käufers) hört der Verkäufer auf, gebunden zu sein (§ 79 Abs. 2). Die Parteien können selbstverständlich („im Zweifel") durch besondere Vereinbarung die Anwendbarkeit des § 79 ausschließen, insbesondere verabreden, daß der Kaufvertrag als abgeschlossen zu gelten habe und der Käufer nur zum Rücktritte mit obligatorischer Wirkung befugt sei (§§ 426 ff.), auch daß die Rücktrittserklärung als Resolutivbedingung wirken solle (ipso jure, dingliche Bindung). Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzes, nähere Bestimmungen darüber zu ertheilen, wie in solchen Fällen das Rechtsverhältniß zu beurtheilen sei, da es in dieser Hinsicht füglich bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze, wie sie sich aus der konkreten Sachlage ergiebt, belassen werden kann. Keine Gesetzgebung hat diesfalls durch Dispositivbestimmungen oder Aufstellung von Auslegungsregeln eingegriffen.

Gefahr.

Von selbst versteht sich, daß im Falle des § 471 Abs. 2 durch die Uebergabe der Sache zum Zwecke der Besichtigung oder Prüfung die Gefahr auf den Käufer nicht übergeht. Der Käufer ist noch gar nicht gebunden, hiernach kann auch von dem Uebergange der Gefahr der den Gegenstand des Kaufes bildenden Sache auf ihn keine Rede sein.

Folgen der Genehmigung des Käufers.

Mit der (rechtzeitigen) Genehmigung des Käufers ist der Kaufvertrag als ein beide Theile bindender geschlossen. Von da ab greifen die allgemeinen Vorschriften, insbesondere über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung des veräußerten Rechtes und wegen Mängel der Sache (§§ 370 ff., 381 ff.) Platz. Man kann in letzterer Hinsicht nicht allgemein sagen, daß diese Genehmigung eine Annahme im Sinne des § 386 involvire. Es kommt vielmehr auf die Umstände des Falles an.

§ 472.

Pflicht des Verkäufers, die Untersuchung zu dulden.

Die Vorschrift ist dem sächs. G. B. (§ 1162) entnommen. Sie dient zur Verhütung und Abwehr chikanöser Zögerungen des Verkäufers, welcher, wenn und weil ihn der Handel reut, dem Käufer durch Vorenthaltung der

---

[1]) S. Windscheid § 387 Noten 5, 6, 7, Eccius II § 124 S. 56.
[2]) Windscheid I § 93 Note 1, II 321 Nr. 5.

Sache die Prüfung und damit die Genehmigung des Kaufes unmöglich machen könnte. Selbstverständlich kann der Verkäufer durch solche Handlungsweise seiner Gebundenheit kein Ende machen, und könnte auch von einer Annahme der Genehmigung, welche die Möglichkeit der Prüfung voraussetzt und im Belieben des Käufers steht, hier keine Rede sein. Dagegen kann dadurch der Käufer an der Entschlußfassung verhindert und für ihn das Zustandekommen des Vertrages werthlos gemacht werden. Vor Vollendung des Vertrages könnte Käufer nicht auf Erfüllung oder auf das Erfüllungsinteresse klagen. Es muß ihm also der (klagbare) Anspruch gegen den Verkäufer beigelegt werden auf Gestattung der Handlungen, welche zur Untersuchung des Gegenstandes erforderlich sind.

Das preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 338, 339 und der hess. Entw. Art. 50 sprechen besonders aus, daß der Käufer zur sorgsamen Bewachung der ihm zur Probe übergebenen Sache sowie zum Schadensersatze im Falle schuldhafter, insbesondere durch zweckwidrigen Gebrauch herbeigeführter Beschädigung verpflichtet sei. Es dürfte sich jedoch diese Verpflichtung des Käufers ohne besondere Bestimmung aus allgemeinen Grundsätzen von selbst verstehen[1]). Aufbewahrung der Probe.

§ 473.

Die Dauer der Gebundenheit des Verkäufers kann nicht in die Willkür des Käufers gestellt werden. Ist eine Frist für die Erklärung des Käufers vereinbart und läßt derselbe die Frist ohne Erklärung verstreichen, so wird, abgesehen von dem in Abs. 2 vorgesehenen Falle, überall mit Recht angenommen, daß der Käufer mißbilligt habe. In Folge dessen hört mit dem Ablaufe der Frist der Verkäufer auf, gebunden zu sein. In Ermangelung einer vereinbarten Frist muß dem Verkäufer geholfen werden. Das österr. G. B. § 1082 bestimmt subsidiär die Probezeit bei beweglichen Sachen auf drei Tage, bei unbeweglichen Sachen auf ein Jahr. Das preuß. A. L. R. (§ 337) und der hess. Entw. Art. 49 räumen dem Verkäufer das Recht ein, bei Gericht auf Bestimmung einer Frist anzutragen, während das sächs. G. B. (§ 1104), das schweiz. Bd. Ges. Art. 270, der bayr. Entw. Art. 352 Abs. 4 und der dresd. Entw. Art. 452 mit dem H. G. B. Art. 339 Abs. 3 dem Verkäufer das Recht geben, den Käufer unmittelbar ohne Anrufung des Gerichtes nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Erklärung aufzufordern. Das Präjudiz ist überall, abgesehen von dem in Abs. 2 bezeichneten Falle, in gleicher Weise wie für das Verstreichenlassen einer vereinbarten Frist festgestellt (Annahme der Mißbilligung). Das sächs. G. B. normirt übrigens die vom Verkäufer festzusetzende Frist auf vierzehn Tage. Von einer derartigen Normirung oder der Setzung einer subsidiären Frist muß Umgang genommen werden. Die im einzelnen Falle möglicherweise in Erwägung zu ziehenden Verhältnisse sind zu mannigfaltig. Der Entwurf schließt sich vielmehr an die bewährten Vorschriften des H. G. B. und der mit ihm übereinstimmenden Gesetze an, indem Frist für die Erklärung des Käufers.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 387 Nr. 9.

Folgen der Fristversäumung: α. Mißbilligung;

er dem Verkäufer die Befugniß verleiht, ohne Anrufung des Gerichtes[1]) den Käufer nach dem Ablaufe einer den Umständen angemessenen Frist zur Erklärung aufzufordern mit der Rechtsfolge, daß, falls Käufer sich nicht unverzüglich auf die Aufforderung erklärt, sein Schweigen als Mißbilligung gilt, der Verkäufer also aufhört, gebunden zu sein. Diese Regelung entspricht sicherlich auch der Parteiintention, indem insbesondere beim Mangel einer Vereinbarung über die Erklärungsfrist die Absicht der Parteien hervortritt, dem Käufer eine angemessene Ueberlegungsfrist zu gewähren, bevor er sich zu erklären habe. Das Gericht hat erst, wenn die Angelegenheit im Prozeßwege vor dasselbe gebracht wird, darüber zu befinden, ob nach den Umständen eine angemessene Frist abgelaufen war, bezw. Käufer sich nicht unverzüglich erklärt hat. Es versteht sich, daß bei der Frage, ob eine Frist vertragsmäßig vereinbart war, gemäß der Bestimmung in § 73 auch auf etwaige thatsächliche Gebräuche Rücksicht zu nehmen (H. G. B. Art. 339) und zu erwägen ist, ob hiernach eine bestimmte Frist stillschweigend als vereinbart angenommen werden muß.

β. Genehmigung.

Für den Fall, daß eine verkaufte Sache dem Käufer zur Probe oder Besichtigung übergeben worden ist, wird in der Gesetzgebung ausnahmslos[2]) als Präjudiz, wenn Käufer die vereinbarte oder nach Maßgabe der Vorschrift in Abs. 1 ihm gesetzte Frist ohne Erklärung verstreichen läßt, die Annahme der Genehmigung aufgestellt. Der Entwurf (Abs. 2) hat diese durchaus sachgemäße und in der Praxis erprobte Bestimmung aufgenommen. Mit dem Eintritte der Annahme wird der gegenseitige Kaufvertrag somit perfekt.

Die Erklärungen des Käufers, daß er genehmige oder mißbillige, sowie die Aufforderung des Verkäufers an den Käufer, sich zu erklären, sind selbstverständlich rechtsgeschäftliche; es finden demgemäß die allgemeinen Grundsätze über rechtsgeschäftliche Erklärungen Anwendung. Hiernach kann die Genehmigung oder Mißbilligung auch stillschweigend erklärt werden. Vielfach werden in der bestehenden Gesetzgebung[3]) diesfalls bestimmte Handlungen des Käufers hervorgehoben, bei deren Vorliegen der Kauf als genehmigt gelten soll. Derartige Bestimmungen sind, auch als Interpretationsregeln, nicht erforderlich oder geradezu bedenklich, weil die Praxis hierdurch beengt wird. Wenn aber das Präjudiz der Genehmigung an die Thatsache der Beschädigung des Kaufgegenstandes durch den Käufer geknüpft wird (bayr. Entw.), so ist dies eine rein positive, durch nichts gerechtfertigte Bestimmung. Auch solchenfalls kommt es auf den konkreten Fall an, ob aus dem Verhalten des Käufers auf dessen Genehmigung geschlossen werden darf[4]).

---

[1]) Vergl. § 210 Abs. 2, § 243, § 432, § 569.

[2]) Goldschmidt, Zeitschrift I S. 454 Note 10; H. G. B. Art. 339 Abs. 4; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 333, 337; sächs. G. B. §§ 1103—1105; schweiz. Bd. Ges. Art. 270, 271; hess. Entw. Art. 49, bayr. Entw. Art. 352, 353, dresd. Entw. Art. 452, 453.

[3]) Preuß. A. L. R. § 333; sächs. G. B. § 1106; schweiz. Bd. Ges. Art. 271 Abs. 2; hess. Entw. Art. 48 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 353 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 454, 455.

[4]) Vergl. Goldschmidt a. a. O. S. 12; Windscheid § 387 Note 9.

§§ 474, 475.

3. Kauf mit Vorbehalt eines besseren Angebotes:

Der Kauf mit Vorbehalt eines besseren Angebotes (in diem addictio) wird in der bestehenden Gesetzgebung, abgesehen vom franz. Rechte und dem schweiz. Bd. Ges., sehr eingehend behandelt. In der gemeinrechtlichen Theorie wird die bei einem Kaufvertrage getroffene Abrede, daß es dem Verkäufer für den Fall, daß ein Dritter ein besseres Gebot auf den Kaufgegenstand stellen werde, freistehen solle, von dem Vertrage zurückzutreten, als eine dem Kaufvertrage beigefügte Bedingung, im Zweifel als auflösende Bedingung aufgefaßt. Selbstverständlich wird nicht geleugnet, daß die Parteien hierbei auch ein Rücktrittsrecht mit lediglich obligatorischer Wirkung beabsichtigt haben können. Dem entspricht im Wesentlichen auch die Behandlung in der modernen Gesetzgebung[1]), indem überall die fragliche Verabredung unter den Gesichtspunkt der Bedingung gestellt, diese aber im Zweifel, oder mindestens dann, wenn der Kaufvertrag sofort durch Uebergabe vollzogen werden soll oder in dieser Weise faktisch vollzogen ist, für eine auflösende erklärt wird.

Rücktrittsrecht des Verkäufers

Der Entwurf beschränkt sich auf die Bestimmungen der §§ 474, 475, welche zu denjenigen über den Rücktritt vom Vertrage (§§ 426 ff.) ergänzend, bezw. modifizirend hinzutreten. Die in diem addictio ist in der Gegenwart verhältnißmäßig so selten, daß es in Frage kommen kann, ob sie überhaupt im Gesetzbuche eine besondere Behandlung verdiene. Allerdings kommen auch heutzutage nicht selten insbesondere bei öffentlichen Lizitationen, wenn erhebliche Gegenstände in Frage stehen, Verträge vor, welche dem Kaufe mit dem Vorbehalte eines besseren Angebotes verwandt erscheinen und denen keine geringe Bedeutung beikommt. Diese Verträge werden sich indessen nach den für den obenerwähnten Vorbehalt aufzustellenden Normen nicht beurtheilen lassen, indem sie vielmehr überwiegend unter das Prinzip (§ 79) fallen. Ist aber einmal wirklich ein die addictio in diem enthaltender Vertrag geschlossen, so müßte in Ermangelung besonderer Rechtsnormen geprüft werden, welcher Sinn der Vereinbarung beiwohne, ob an eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung gedacht oder ob nur die Ausbedingung eines obligatorischen Rücktrittsrechtes bezweckt sei, und je nachdem die Auslegung auf das eine oder andere führte, auf die einschlagenden allgemeinen Grundsätze zurückgegangen werden. Der Vertrag wird aber in der Regel kaum mehr als den erwähnten Vorbehalt ergeben. Im Hinblicke auf die Regelung der addictio in diem im geltenden Rechte werden die Parteien sich selten veranlaßt finden, über den Sinn und die juristische Bedeutung des Vorbehaltes Näheres zu bestimmen. Somit würden sich Zweifel erheben, wie die Vereinbarung auszulegen sei. Es ist also doch angemessen, eine dispositive Norm aufzustellen, welche zur Entscheidung bringt, wie der einfache Vorbehalt eines besseren Angebotes zu verstehen sei. Hierfür bietet sich die Annahme eines gewöhnlichen, also nur obligatorisch wirkenden Rücktrittsrechtes im Allgemeinen als durchaus sachgemäß und ge- mit obl. Wirkung.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 272 ff.; Eccius II § 126 S. 75 ff.; österr. G. B. §§ 1083 ff.; sächs. G. B. §§ 1111 ff.; hess. Entw. Art. 51 ff., bayr. Entw. Art. 356 ff., dresd. Entw. Art. 468 ff.; vergl. zür. G. B. § 1450; Windscheid § 387 a. E. N. 16, § 323 N. 4, 5, 16.

nügend dar. Als Besonderheit ist nur eine Bestimmung über die Dauer des Rücktrittsrechtes nöthig. Im Uebrigen reichen die allgemeinen Bestimmungen über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht aus. Dieser einfachen Regelung stände allerdings entgegen, wenn man mit der bestehenden Gesetzgebung[1]) dem Käufer das Eintrittsrecht in das bessere Angebot (oder das Vorkaufsrecht) zugestehen müßte. Die Beilegung dieses Rechtes ruft an sich nicht unerhebliche Schwierigkeiten hervor. Es fehlt jedoch überhaupt an zureichenden Gründen, das gedachte Recht dem Käufer zuzugestehen. Aus dem Inhalte der Vereinbarung läßt es sich unverkennbar nicht herleiten. Billigkeitsgründe sprechen auch nicht für Beilegung desselben. Das geltende Recht ist nur dem röm. Rechte nachgefolgt. Für letzteres liegt der Grund, weshalb es dem Käufer das Eintrittsrecht im Zweifel bewilligte, nicht unwahrscheinlich in Verkehrssitten, welche der Gegenwart fremd sind. Bei der geringen praktischen Bedeutung, welche der Kauf mit Vorbehalt eines besseren Angebotes heute an sich hat, unterliegt es um so weniger einem Bedenken, dem Käufer das Eintrittsrecht in das bessere Angebot, sofern er es sich nicht vorbehalten hat, zu versagen[2]). Hiernach beschränkt sich der Entwurf zunächst in § 474 darauf, auszusprechen, daß, falls in concreto ein Kauf mit Vorbehalt eines besseren Gebotes abgeschlossen ist, dadurch der Rücktritt von dem Vertrage für den Fall als vorbehalten anzusehen sei, daß das bessere Kaufgebot eines Dritten erfolgen und dieses Gebot von dem Verkäufer angenommen werde. Es ist also ein bedingtes vertragsmäßiges Rücktrittsrecht unterstellt und hiermit auf die Bestimmungen in §§ 426 ff. verwiesen. Bedingung ist, wie überall Rechtens ist, auch, daß Verkäufer das bessere Angebot angenommen hat; sollte schon das bloße bessere Gebot für die Ausübung des Rücktrittsrechtes genügen, so würde letzteres sich praktisch zu einem unbedingten gestalten.

Kein Eintrittsrecht des Käufers.

Anlangend die Frage, welches Gebot als ein besseres anzusehen sei, so vertrüge sich die dem preuß. Rechte entsprechende Bestimmung, daß in dieser Beziehung lediglich das freie Ermessen des Verkäufers entscheide, nicht mit dem Inhalte der Vereinbarung. Mit der Beseitigung des Vorkaufsrechtes des Käufers würde jene Bestimmung ohnehin unhaltbar. Das bessere Gebot muß also objektiv ein besseres sein[3]). Indem der Entwurf nicht ein Anderes bestimmt, ist der objektive Maßstab zur Genüge zum Ausdrucke gebracht. Eine Verdeutlichung, welches Gebot vom objektiven Standpunkte aus ein besseres ist (z. B. sächs. G. B. § 1113), kann entbehrt werden. Das bessere Gebot muß aber, wenn es Berücksichtigung soll finden dürfen, ein Kaufgebot, d. h. ein solches Gebot sein, wodurch das Wesen des Geschäftes als eines Kaufgeschäftes sich nicht ändert (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 283, 284). Nähere Begrenzungen

Objektiv besseres Kaufgebot.

---

[1]) Windscheid § 323 S. 241 N. 1; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 286, 287, 289; sächs. G. B. § 1114; hess. Entw. Art. 54, bayr. Entw. Art. 359, dresd. Entw. Art. 471.

[2]) Ebenso das österr. G. B. und das zür. G. B.

[3]) Dem preuß. A. L. R. I, 11 § 279 folgt das österr. G. B. § 1085. Den objektiven Maßstab legen an: das gemeine Recht (Windscheid § 387); sächs. G. B. § 1113; zür. G. B. § 1450; hess. Entw. Art. 52, bayr. Entw. Art. 358, dresd. Entw. Art. 469.

dieses selbstverständlichen Erfordernisses (z. B. A. L. R. I, 11 § 285) sind theils überflüssig, theils geeignet, die Beurtheilung des einzelnen Falles zu beengen.

Nach der Bestimmung des § 432 würde, da der Rücktritt bei dem Vorbehalte eines besseren Gebotes an eine Bedingung geknüpft ist, das Rücktrittsrecht erst dann erlöschen, wenn nach Eintritt der Bedingung der Käufer den Verkäufer zur Erklärung aufgefordert und der letztere sich binnen der vereinbarten Frist bezw. binnen vier Wochen nicht erklärt hätte. Das preuß. A. L. R. (§§ 272—276) erklärt, falls es an einer beim Kaufvertrage oder spätestens bei der Uebergabe des Kaufgegenstandes vereinbarten Zeitbestimmung fehle, den Vorbehalt für rechtlich wirkungslos. Diese Bestimmung wird der Parteiintention für die Regel nicht entsprechen. Es muß vielmehr eine subsidiäre Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechtes festgesetzt werden und zwar, wie nach der Vorschrift des § 432, eine Präklusivfrist. Dieselbe ist bei Grundstücken (§ 781) auf drei Monate, bei anderen Gegenständen auf vier Wochen bemessen. Der Beginn ist aber im Interesse des Käufers und augenscheinlich im Sinne eines derartigen Vorbehaltes nicht nach Maßgabe des § 432, sondern auf den Abschluß des Vertrages zu stellen[1]). Dauer des Rücktrittsrechtes;

Die Rechte und Pflichten aus dem Vorbehalte eines besseren Gebotes gehen, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, auf die Erben über[2]). Die im geltenden Rechte für den Fall, daß mehrere Verkäufer oder mehrere Erben des Verkäufers vorhanden sind, getroffenen Bestimmungen[3]) sind durch den § 433 gedeckt. Vererblichkeit.

II. Wiederkauf.

§§ 476, 477.

Der einem Kaufvertrage beigefügte oder in Ergänzung des Kaufvertrages nachher vereinbarte Vorbehalt des Wiederkaufes (Rückkaufes) wirkt nur obligatorisch unter den Vertragschließenden. Auf demselben prinzipiellen Standpunkte steht für die Regel durchaus das geltende Recht (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 296, 311; Eccius II § 126 S. 78; österr. G. B. § 1070; sächs. G. B. §§ 1131, 1134; code civil Art. 1659, 1664[4]); hess. Entw. Art. 79, 85, bayr. Entw. Art. 377, 380, dresd. Entw. Art. 487, 492, 494 Abs. 2). Die Begründung eines gegen Dritte wirkenden Rückkaufsrechtes an Grundstücken durch Eintragung in das Grundbuch (preuß. A. L. R. §§ 311, 265; sächs. G. B. § 1134) ist nach dem Entwurfe unzulässig. Auch der Umstand, daß der dritte 1. Vorbehalt des Wiederkaufes. Obligatorische Wirkung.

[1]) In gleicher Weise bestimmen das österr. G. B. §§ 1084, 1082, das sächs. G. B. § 1118, der hess. Entw. Art. 53, der dresd. Entw. Art. 470 (Präklusivfrist von drei Tagen bei beweglichen Sachen, von einem Jahre bei unbeweglichen Sachen vom Vertragsschlusse an), der bayr. Entw. Art. 357 (drei Monate, bezw. ein Jahr vom Vertragsschlusse an).

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 277; vergl. Entwurf § 292.

[3]) Sintenis, Civ. R. II S. 325 f.; sächs. G. B. § 1118; hess. Entw. Art. 56, bayr. Entw. Art. 361, dresd. Entw. Art. 474; vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 280, 281.

[4]) Zachariä-Puchelt a. a. O. II § 357 S. 489 f. Noten 10, 11 (I § 181 Nr. 3 S. 458).

Erwerber das obligatorische Recht des Wiederkaufsberechtigten gekannt hat (sächs. G. B. § 1134; preuß. A. L. R. §§ 311, 264), giebt dem Berechtigten nach den Grundsätzen des Entwurfes keinen Anspruch gegen den Dritten, weder einen solchen auf Uebergabe des Gegenstandes, noch auf Schadensersatz. Das Wiederkaufsrecht ist in Ansehung des Kaufgegenstandes nicht beschränkt. Die Beschränkung im österr. G. B. (§ 1070) auf unbewegliche Sachen erklärt sich aus rechtspolizeilichen Rücksichten, um der wucherlichen Ausbeutung des Wiederkaufsverpflichteten vorzubeugen.

Wiederkaufspreis.

In § 476 beschränkt sich der Entwurf auf die Bestimmung, daß im Falle des Vorbehaltes des Wiederkaufes als Wiederkaufspreis in Ermangelung anderweiter Vereinbarung (vergl. z. B. § 480) der Preis, zu welchem der Wiederkaufsberechtigte an den Wiederkaufsverpflichteten verkauft hat, als vereinbart anzusehen sei[1]). Der bayr. Entw. Art. 377 erklärt den Vorbehalt für ungültig, wenn als Rückkaufspreis ein anderer als der Ankaufspreis oder der Schätzungswerth der Sache zur Zeit des Rückkaufes verabredet werde. Auch hierdurch sollen Wuchergeschäfte abgeschnitten werden. Derlei Bestimmungen (vergl. preuß. A. L. R. §§ 321—326) sind neben dem Wucherges. v. 24. Mai 1880 entbehrlich. Die Frage insbesondere, ob ein Kauf und der damit verbundene Vorbehalt des Rückkaufes nur die Form für ein Kreditgeschäft bildet, also die Sicherheit des Käufers und Rückverkäufers bezweckt, sowie ob solchenfalls ein ernstgemeinter Kaufvertrag vorliegt oder der Kaufvertrag nur simulirt ist und eine versteckte Pfandbestellung bezweckt, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab[2]).

Abschluß des Wiederkaufes.

Mit der von dem Verkäufer gegenüber dem Käufer abgegebenen Erklärung (§§ 74 ff.), daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, gelangt der Wiederkauf zum Abschlusse (§ 477). Würde ein Mehreres verlangt, so führte dies nur zu nutzlosen Weiterungen. Ueber die juristische Konstruktion will der Entwurf nichts bestimmen. Das Gesetz hat namentlich der Prüfung nicht vorzugreifen, ob ein Fall des § 79 Entw. anzunehmen sei oder ein pactum de contrahendo vorliege mit der positiven Bestimmung, daß der Vorvertrag sich durch die fragliche Erklärung des Berechtigten unmittelbar in den Hauptvertrag verwandele. Ein Bedürfniß hierzu liegt nicht vor[3]). Die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem durch die Erklärung des Wiederkäufers zum Abschlusse gekommenen

---

[1]) Uebereinstimmend die herrschende gemeinrechtliche Theorie und preuß. A. L. R. I, 11 § 296, sächs. G. B. § 1131, hess. Entw. Art. 79, bayr. Entw. Art. 377, dresd. Entw. Art. 487, zür. G. B. § 1461.

[2]) Vergl. württemb. Archiv XVI S. 264 f., 277 ff., 281 ff., Entsch. d. R. G. in Civils. II Nr. 44, 45. S. auch Gew. O. §§ 34, 38.

[3]) Windscheid § 388 Note 7; hess. Entw. Art. 79, bayr. Entw. Art. 377 (Mot. S. 195). Der dresd. Entw. Art. 487, 489 faßt den Vorbehalt des Wiederkaufes als einen unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Verkäufer den Rückkauf verlangen werde, geschlossenen Rückkauf, das sächs. G. B. §§ 1131 f. als ein resolutiv bedingtes Geschäft auf. Nach österr. G. B. enthält die Verabredung des Wiederkaufes für den Verkäufer die vertragsmäßige Einräumung des Rechtes auf Restitution des Kaufgegenstandes gegen Wiedererstattung des Preises (Einlösungsrecht: Unger II § 116 Note 11).

Wiederkaufe (§§ 478—480) stehen unter den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung gegenseitiger Verträge.

Mehrere Wiederkaufsberechtigte.

Daß mehrere Wiederkaufsberechtigte oder mehrere Erben des Wiederkaufsberechtigten das Wiederkaufsrecht nicht einzeln für sich, sondern nur insgesammt ausüben können, ist selbstverständlich. Eine Theilung des Ausübungsrechtes, bezw. der Verpflichtung des Käufers aus dem Vorbehalte, ist nach dem Wesen des Wiederkaufes ausgeschlossen[1]).

Wirksamkeit des Wiederkaufsrechtes beim Zwangsverkaufe.

Aus der lediglich obligatorischen Natur des Wiederkaufsrechtes folgt ferner ohne Weiteres, daß, wenn der demselben unterliegende Kaufgegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird, bei dem Zwangsverkaufe das Recht so wenig, als sonstige obligatorische Rechte der Gläubiger des Schuldners, Berücksichtigung findet[2]). Einer besonderen Bestimmung diesfalls bedarf es nicht. Darüber hinauszugehen und durch positive Bestimmung dem Wiederkaufsrechte im Falle des Zwangsverkaufes obligatorische Wirkung gegen den Verpflichteten mit der Wirkung abzusprechen, daß dem Wiederkaufsberechtigten unter allen Umständen auch der Anspruch auf das Interesse gegen den Verpflichteten versagt würde, wäre zumal im Hinblicke auf die zahlreichen Fälle, in denen Jemand in Noth und Bedrängniß ein Vermögensstück unter dem Vorbehalte des Wiederkaufes zu veräußern genöthigt ist, in hohem Grade bedenklich.

Vererblichkeit und Zessibilität.

Nach dem Entwurfe gilt für das Wiederkaufsrecht die Regel der Vererblichkeit (§ 292)[3]) und der Zessibilität[4]). Die Nichtzessibilität liegt keineswegs schon in dem Wesen des Wiederkaufsrechtes. Man kann, ohne spezielle Anhaltspunkte in den Umständen des einzelnen Falles, welche die Annahme des Ausschlusses der Zessibilität rechtfertigen, nicht sagen, die Ausübung des Rechtes sei für die Regel vom Willen des Berechtigten für seine Person abhängig gemacht. Ueberdies ließe sich bei Annahme der Unübertragbarkeit doch nicht verhindern, daß der Wiederkaufsberechtigte dem Verpflichteten gegenüber die Ausübung des Rechtes erklärte und alsdann die Rechte aus dem hierdurch abgeschlossenen Kaufe (§ 477) an einen Dritten abträte. Durch die Bestimmung der Unübertragbarkeit würde überdies das Wiederkaufsrecht in vielen Fällen ungerechtfertigter Weise den Gläubigern des Berechtigten als Gegenstand der Zwangsvollstreckung entzogen.

zeitliche Beschränkung desselben.

Das Wiederkaufsrecht wird in der Gesetzgebung vielfach zeitlich beschränkt. Mit der Unterscheidung, ob der Gegenstand eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache ist, erlischt es nach dem sächs. G. B. (§ 1033) in

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 320; sächs. G. B. § 1135; württemb. L. R. von 1610 II, 12 §§ 3, 4; hess. Entw. Art. 83, bayr. Entw. Art. 381, dresd. Entw. Art. 491.

[2]) Sächs. G. B. §§ 1137, 1126; dresd. Entw. Art. 493; vergl. dagegen § 485.

[3]) Ebenso sächs. G. B., bayr., hess. Entw., bayr. L. R. IV, 4 § 15, württemb. L. R. II, 12 § 2. Dagegen preuß. A. L. R. I, 11 §§ 315, 317; österr. G. B. § 1070; dresd. Entw. Art. 494. Anders bei dem Vorkaufsrechte § 487 Nr. 1.

[4]) Nur das preuß. A. L. R. a. a. O. § 312, das österr. G. B. § 1070 und der dresd. Entw. Art. 494 sprechen die Regel der Unübertragbarkeit aus, die anderen Kodifikationen nicht. Anders beim Vorkaufsrechte § 486.

einem Jahre bezw. in zehn Jahren von der Uebergabe an den Käufer an, nach dem bayr. Entw. (Art. 377, 357) in drei Monaten bezw. einem Jahre und, falls längere Fristen vereinbart sind, jedenfalls, wie auch im code civil Art. 1660—1663 und im hess. Entw. Art. 80, 84 bestimmt ist, in fünf Jahren. Der dresd. Entw. (Art. 488) setzt eine Frist von sechs Monaten bezw. drei Jahren von der Uebergabe an den Käufer an fest. Das preuß. A. L. R. und das österr. G. B. kennen dagegen keine zeitliche Beschränkung; das erstere schließt auch die Verjährung aus, wenn der Verkäufer den Wiederkauf sich und seinen Erben ausdrücklich vorbehalten hat, oder sonst aus der Fassung des Vertrages deutlich erhellt, daß die Ausübung des Rechtes zu allen Zeiten stattfinden solle. Der Entwurf enthält sich jeder beschränkenden Bestimmung. Die positive Setzung einer bestimmten (subsidiären) Präklusivfrist wäre willkürlich und im Hinblicke auf die schon erwähnten häufigen Fälle des durch Noth und Bedrängniß veranlaßten Verkaufes mit Vorbehalt des Rückkaufes keineswegs angemessen, zumal der Entwurf, abgesehen von der Aufrechthaltung der reichsgesetzlichen Vorschriften über den Wucher und den Rückkaufshandel, keine besondere Vorsorge gegen den Mißbrauch des Verkaufes unter Vorbehalt des Wiederkaufes zu wucherlichen Kreditgeschäften getroffen hat. Es verbleibt hiernach bei den allgemeinen Verjährungsgrundsätzen. In vielen Fällen werden die Vertragschließenden selbst ohnedies die Ausübung des Wiederkaufsrechtes an eine gewisse Zeit (Präklusivfrist) binden. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung an sich ist selbstverständlich[1]).

2. Vorbehalt des Wiederverkaufes. Der Kauf unter Vorbehalt des Wiederverkaufsrechtes ist so selten, daß für das Gesetz kein Anlaß besteht, ihn besonders hervorzuheben. Zudem wird das Geschäft, wenn es vorkommt, meist als Kauf unter Vorbehalt des Reurechtes sich darstellen. Die in der Gesetzgebung[2]) sich findende Vorschrift, daß vorkommendenfalls auf den Vorbehalt des Wiederverkaufes die Vorschriften über den Vorbehalt des Wiederkaufes Anwendung finden, ist so allgemein und unbestimmt, daß damit schwerlich mehr erreicht wird, als sich von selbst versteht.

§§ 478, 479.

Verpflichtungen aus dem Wiederkaufe, Die Bestimmungen der §§ 478, 479 beruhen, abgesehen von den auf besonderen Erwägungen beruhenden Einzelheiten, im Allgemeinen auf dem Gedanken, daß durch den Abschluß des Wiederkaufes der frühere Kauf für die Vergangenheit nicht außer Kraft tritt, daß aber der Verkäufer sich das Wiederkaufsrecht mit Rücksicht auf den Zustand des Gegenstandes zur Zeit des Vorbehaltes ausbedungen hat, deshalb insbesondere der Käufer durch den Vorbehalt des Wiederkaufes verpflichtet ist, mit dem Gegenstande des Wiederkaufsrechtes als ein ordentlicher Hausvater zu verfahren.

a) des Wiederverkäufers; Der Wiederverkäufer ist

---

[1]) Windscheid § 388 Note 6; s. dagegen für das Vorkaufsrecht § 487 Nr. 2.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 327, 328; österr. G. B. § 1071; sächs. G. B. § 1136; hess. Entw. Art. 86, bayr. Entw. Art. 383 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 495.

demnach verpflichtet, dem Wiederkäufer den Kaufgegenstand in dem zur Zeit des Vorbehaltes bestehenden Zustande, also auch mit den mitverkauften Zubehörungen, sowie mit dem seit dem Abschlusse des früheren Kaufes hinzugetretenen und noch vorhandenen Zuwachse herauszugeben. Die Erstreckung der Verpflichtung auch auf die hinzugekommenen Zubehörungen entspricht der regelmäßigen Parteiintention und der Vorschrift des § 790. Insoweit der Wiederverkäufer hiernach mehr herausgeben muß als er empfangen, ist er durch seine Rechte in Ansehung seiner Verwendungen geschützt (§ 479 Abs. 3). Die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen braucht er jedoch, da der frühere Kauf in dieser Hinsicht nicht rückgängig zu machen ist, nicht herauszugeben (§ 478 Satz 1)[1]). Kann der Wiederverkäufer den Kaufgegenstand zufolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes (§§ 224, 225) gar nicht oder nicht in dem Zustande, in welchem er sich zur Zeit des Vorbehaltes des Wiederkaufsrechtes befand, zurückgeben, so ist er zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung verpflichtet; insbesondere trifft dies auch zu, wenn der Wiederverkäufer Rechte, welche er in der Zwischenzeit Dritten an dem Kaufgegenstande bestellt hat, abzulösen außer Stande ist[2]). Der Entwurf bestimmt aber noch (§ 478 Satz 3), daß, wenn die vor der Schließung des Wiederkaufes eingetretene Verschlechterung oder Verringerung des Wiederkaufsgegenstandes gegenüber dem Zustande zur Zeit des Vorbehaltes auf einem vom Wiederverkäufer nicht zu vertretenden Umstande beruht, der das Wiederkaufsrecht ausübende Verkäufer dem regelmäßigen Sinne des Vertrages gemäß dennoch den vollen Wiederkaufspreis bezahlen muß, nicht etwa zu einer verhältnißmäßigen Minderung befugt ist. Dies liegt in der Intention eines derartigen Vertrages. Fürchtet der Verkäufer hierbei zu kurz zu kommen, so mag er von der Ausübung des Wiederkaufsrechtes absehen. Die Bestimmung bezieht sich nicht auf die erst nach der Schließung des Wiederkaufes eingetretenen Verschlechterungen oder Verringerungen oder dann erst eingetretenen Untergang; ebensowenig auf den kasuellen Untergang vor Abschluß des Wiederkaufes. Es gelten diesfalls vielmehr die allgemeinen Vorschriften.

Durch den Abschluß des Wiederkaufes wird andererseits der Verkäufer (Wiederkäufer) verpflichtet, dem Wiederverkäufer den Wiederkaufpreis zu zahlen, und zwar ohne Vergütung von Zinsen für die Zwischenzeit, welche vielmehr dem Wiederkäufer bleiben. Dagegen wird durch die Bestimmung in § 479 Abs. 2 dem wiederkaufsberechtigten Verkäufer die Ausübung des Wiederkaufsrechtes für den Fall versagt, daß er einen nicht der Gattung nach bedungenen Gegenstand, welchen er neben dem Kaufpreise vom Käufer erhalten hat, nicht oder nicht in dem Zustande, in welchem er ihn empfing, zurückzugeben vermag. Er wird durch die Ausübung des Wiederkaufsrechtes zweifellos auch zur Rückgabe eines neben dem Kaufpreise erhaltenen Gegen- b) des Wiederkäufers.

---

[1]) Zachariä II § 357 A. 16; preuß. A. L. R. I, 11 § 297; österr. G. B. § 1068; sächs. G. B. §§ 1132, 1109; dresd. Entw. Art. 489.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 298 ff.; sächs. G. B. §§ 1132, 1109; hess. Entw. Art. 81, bayr. Entw. Art. 378, dresd. Entw. Art. 489, Zachariä II § 357 A. 15, 17.

standes verpflichtet. Es liegt aber regelmäßig im Sinne des Vorbehaltes und entspricht augenscheinlich der Billigkeit, daß der Verkäufer, welcher einen derartigen Gegenstand, gleichviel ob aus Verschulden oder zufolge eines Zufalles, nicht zurückgeben kann, von der Ausübung des Wiederkaufsrechtes ausgeschlossen ist.

Wegen der impensae utiles und voluptuariae des Wiederverkäufers auf den Kaufgegenstand und wegen Anschaffung von Zubehörungen (§ 478 Satz 1) spricht der Entwurf dem Wiederverkäufer gegen den Wiederkäufer in sachgemäßer Weise die in § 936 Abs. 1 und 3 und in §§ 937, 938 bezeichneten Rechte zu. Die Vorschrift des § 936 Abs. 2, wonach der Besitzer auf den Ersatzanspruch die aus der Sache gezogenen Nutzungen sich in Abrechnung bringen lassen muß, findet aber aus dem Grunde keine Anwendung, weil der Wiederverkäufer die Nutzungen zwar behält, dagegen von dem Kaufgelde keine Zinsen bezieht (§ 478 Satz 1, § 479 Abs. 1). Wegen nothwendiger Verwendungen versagt der Entwurf dem Wiederverkäufer jeden Ersatzanspruch, weil solche von ihm präsumtiv in seinem eigenen Interesse gemacht werden und dem Wiederkäufer, welcher die Gefahr nicht trägt, auch nicht zur Last gelegt werden können. Unter Anschaffung von Zubehörungen im Sinne des § 479 Abs. 3 ist selbstverständlich auch die Zufügung von Stücken, welche dem Wiederverkäufer bereits gehören, zu verstehen (vergl. hess. Entw. Art. 81, bayr. Entw. Art. 378, dresd. Entw. Art. 489; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 303—307; österr. G. B. § 1069; sächs. G. B. § 1109; code civil Art. 1673, Zachariä II S. 489).

§ 480[1]).

Wiederkauf zum Schätzungswerthe.

Aus einer Verabredung des in § 480 bezeichneten Inhaltes ergeben sich nach der Parteiintention die hier normirten Folgen, insbesondere, daß der Wiederverkäufer nicht für Verschlechterungen haftet, auch nicht verantwortlich ist, wenn er den Untergang des Kaufgegenstandes vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat, daß ihm aber auch ein Anspruch wegen Verwendungen nicht zusteht.

III. Vorkauf.

§§ 481, 482.

Obligatorisches Vorkaufsrecht.

Der Entwurf handelt in §§ 481 ff. nur von dem obligatorisch wirksamen Vorkaufsrechte. Das dingliche Vorkaufsrecht an Grundstücken, als eine besondere Art eines Rechtes an solchen, ist im dritten Buche §§ 952 ff. geregelt; das in Ansehung eines Grundstückes (rechtsgeschäftlich) begründete Vorkaufsrecht trägt hiernach nicht die Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Rechtes in sich; diese Verpflichtung muß vielmehr in concreto besonders festgesetzt sein. Das preuß. A. L. R.[2]) hat das Vorkaufsrecht in engster Verbindung mit dem deutschrechtlichen Institute des Näherrechtes behandelt, indem es in letzterem, gemäß der zur Zeit seiner Emanation herrschenden Auffassung, eine Steigerung des

---

[1]) Im Entwurfe § 480 Z. 4 v. o. muß es heißen: „Wiederverkäufer" statt „Wiederkäufer".

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 295, I, 20 §§ 568 ff.; vergl. Dernburg, preuß. Priv. R. III § 184, Eccius III § 189 S. 410 f., 413.

Vorkaufsrechtes, eine Wirkung des dinglichen Vorkaufes sieht. Wer insbesondere ein Vorkaufsrecht an einem Grundstücke bestellt, gilt auch als verpflichtet, demselben durch Bewilligung der Eintragung dingliche Kraft zu geben. Jene Verbindung der beiden verschiedenen Institute ist aber verwirrend. Abgesehen vom preuß. A. L. R. regelt die Gesetzgebung das blos persönliche Vorkaufsrecht als solches selbständig[1]).

Der Entwurf (§ 481, vergl. § 952) giebt seine Vorschriften nicht blos für das bei einem Kaufvertrage vorbehaltene Vorkaufsrecht, sondern für das durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Vermächtniß begründete Vorkaufsrecht überhaupt. Gesetzliche Vorkaufsrechte kennt der Entwurf nicht. Werden landesgesetzlich bestehende Vorkaufsrechte durch das Einführungsgesetz aufrecht erhalten, so sind, soweit hierbei nicht etwas Anderes bestimmt wird, für dieselben die Vorschriften des Entwurfes gleichfalls maßgebend. 1. Entstehungsgründe,

Die Vorschriften der §§ 481 ff. sind selbstverständlich nur dispositive[2]).

Mit der Vorschrift (§ 481), daß, wenn Jemand verpflichtet ist, in dem Falle, daß er einen gewissen Gegenstand verkaufen werde, einem Anderen als Käufer den Vorzug zu geben, der Andere das hieraus für ihn begründete obligatorische Vorkaufsrecht ausüben könne, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen habe, ist die Voraussetzung für das Vorkaufsrecht bestimmt. Ergänzt wird in dieser Richtung die Vorschrift durch diejenige des Abs. 2. Zur Ausübung des Vorkaufsrechtes genügt hiernach nicht, daß ein Dritter sich geneigt oder bereit erklärt hat, zu kaufen[3]). Vielmehr muß sich der Dritte durch einen perfekten Vertrag gebunden haben. Dies empfiehlt sich schon aus praktischen Gründen; vor dem Abschlusse des Kaufvertrages fehlt es an einem sicheren Anhaltspunkte für den Entschluß des Vorkaufsberechtigten, ob er sein Recht ausüben will[4]). Die Ausübung des Vorkaufsrechtes ist andererseits bedingt dadurch, daß mit dem Dritten ein Kaufvertrag abgeschlossen ist; es findet also nicht auch in den Fällen statt, wenn der Verpflichtete durch einen anderen, nicht als Kaufvertrag anzusehenden Vertrag veräußert hat. Weitere positive Bestimmungen, auch Interpretationsregeln, wären überflüssig oder bedenklich[5]). Es hängt hiernach von der Prüfung des einzelnen Falles ab, ob ein Kaufvertrag abgeschlossen 2. Voraussetzungen des Rechtes;

---

[1]) S. Windscheid § 388 Nr. 2; österr. G. B. §§ 1072, 1073, 1079; sächs. G. B. §§ 1118, 1124; zür. G. B. §§ 1456, 1457; hess. Entw. Art. 72, 74, bayr. Entw. Art. 384, 386, 380, dresd. Entw. Art. 475, 480, 486. Das schweiz. Bd. Ges. und der code civil übergehen das Vorkaufsrecht. In der franz. Doktrin ist jedoch die blos obligatorische Natur des bedungenen Vorkaufsrechtes anerkannt; s. Zachariä, franz. Civ. R. II § 383 A. 3.

[2]) Anders beim dinglichen Vorkaufsrechte, s. zu §§ 952—959.

[3]) Gemeines Recht: Windscheid § 388 Note 9, Sintenis, Civ. R. II S. 640. Oesterr. G. B. §§ 1072, 1075; zür. G. B. § 1456; hess. Entw. Art. 72, bayr. Entw. Art. 384.

[4]) Ebenso das preuß. A. L. R. I, 20 §§ 568, 608; sächs. G. B. §§ 1119, 1121; dresd. Entw. Art. 475, 476; vergl. Seufferts Arch. XXX Nr. 247.

[5]) Oesterr. G. B. § 1078; preuß. A. L. R. I, 20 §§ 575, 577; sächs. G. B. § 1130; dresd. Entw. Art. 482.

ist. Ist auf Grund eines anderen Vertrages veräußert, so ist das obligatorische Vorkaufsrecht vereitelt, ohne daß diesfalls dem Berechtigten gegen den Verpflichteten ein Anspruch, etwa auf Schadensersatz, zustände. Gegen den dritten Erwerber wirkt es nicht, und dem Verpflichteten gegenüber besteht das obligatorische Vorzugsrecht eben nur für den Fall des Verkaufes.

bei einem Theilverkaufe;

Das Vorkaufsrecht kann zweifellos auch ausgeübt werden, wenn nur ein Theil des demselben unterliegenden Gegenstandes verkauft wird. Durch Beilegung des Rechtes, dem Verpflichteten den Theilverkauf zu verbieten, erhielte das Vorkaufsrecht eine nicht in seinem Wesen liegende und durch kein praktisches Bedürfniß gebotene Erweiterung. Abgesehen vom sächs. G. B.[1]) hat kein Recht dem Vorkaufsberechtigten ein solches Einspracherecht eingeräumt.

bei einem bedingten 2c. Kaufe.

Auch in einen bedingten oder unter dem Vorbehalte des Rücktrittes abgeschlossenen Kaufvertrag kann der Vorkaufsberechtigte für die Regel eintreten, so wie er abgeschlossen ist. In dem Falle jedoch, wenn der Kaufvertrag gerade wegen des Vorkaufsrechtes bedingt oder unter Vorbehalt des Rücktrittes abgeschlossen worden ist, muß dem Vorkaufsberechtigten gegenüber, welchem sein Recht durch einen solchen Vertrag nicht vereitelt oder erschwert werden darf, ein unbedingt, bezw. ohne den Vorbehalt des Rücktrittes abgeschlossener Vertrag angenommen werden (§ 481 Abs. 2). Wenn das preuß. und sächs. Recht dem Vorkaufspflichtigen gestatten, dem Berechtigten gegenüber bis zu dessen Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch Uebereinkunft mit dem Dritten von dem mit diesem geschlossenen Kaufvertrage abzugehen, dergestalt, daß die Bedingung des Vorkaufsrechtes als nicht eingetreten gilt, so liegt hierin für alle Fälle eine dem Wesen des Rechtes widerstreitende Abschwächung desselben mittels positiver Setzung, für welche zureichende Gründe nicht vorhanden sind[2]).

3. Inhalt.

Das Vorkaufsrecht gewährt dem Berechtigten den persönlichen Anspruch gegen den Verpflichteten darauf, daß dieser, falls er später den Gegenstand, in Beziehung auf welchen das Vorkaufsrecht besteht, verkaufen werde, dem Berechtigten als Käufer den Vorzug einräume, falls dieser in den Kauf eintreten will. Der Entwurf beschränkt sich auch hier (vergl. für das Wiederkaufsrecht

4. Abschluß des Vorkaufes.

§ 477) auf die positive Bestimmung, daß mit der gegenüber dem Verpflichteten abgegebenen Erklärung des Berechtigten, er übe das Vorkaufsrecht aus, der Kaufvertrag zwischen Beiden zum Abschlusse gelange (§ 482 Satz 1). Wie das Zustandekommen des Vertrages zwischen dem Vorkaufsberechtigten, welcher sein Recht ausübt, und dem Verpflichteten juristisch aufzufassen ist[3]), insbesondere ob ein Fall des § 79 anzunehmen, oder für die Akzeptation einer

---

[1]) Sächs. G. B. § 1120; dresd. Entw. Art. 479; vergl. Förster-Eccius III § 189 A. 31.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 618, 619; sächs. G. B. § 1119; vergl. dresd. Entw. Art. 475.

[3]) S. Windscheid § 388, sächs. G. B. §§ 1118, 1119, 1121; vergl. Siebenhaar zu § 1121, II S. 242; hess. Entw. IV, 2 Art. 72 (vergl. mit IV, 1 § 85), dresd. Entw. Art. 476, 483, 478; Seufferts Arch. XVII Nr. 244, XXX Nr. 247.

einer Offerte zu entscheiden oder ein pactum de contrahendo mit der positiven Bestimmung zu unterstellen ist, daß der Vorvertrag durch die fragliche Erklärung des Berechtigten sich unmittelbar in den Hauptvertrag verwandele, oder ob endlich (z. B. in den Fällen des auf letztwilliger Verfügung beruhenden Vorkaufsrechtes) der Vorschrift überhaupt ein positiver Karakter beizumessen ist, hat das Gesetz nicht zu entscheiden. Wenn in dem Entwurfe ausgesprochen ist, daß mit der betreffenden Erklärung des Berechtigten der Kaufvertrag unter den zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten enthaltenen Bestimmungen zum Abschlusse gelange, so ist hiermit die Zulässigkeit der vertragsmäßigen Festsetzung anderweiter Bestimmungen zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten nicht verneint.

Der hiernach zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zum Abschlusse gelangte Kaufvertrag steht in Ansehung der beiderseitigen Verpflichtung zur Erfüllung, der Folgen der Nichterfüllung und des Verzuges unter den allgemeinen Grundsätzen. Von dem Berechtigten, nunmehr Käufer, sind also alle Verbindlichkeiten zu erfüllen, welche der Dritte dem Verpflichteten (Verkäufer) gegenüber in dem mit diesem geschlossenen Vertrage übernommen hat, soweit, wie bemerkt, der Berechtigte und Verpflichtete nicht ein Anderes vereinbart haben. Ein Anlaß zu besonderen Kautelen zu Gunsten des Verpflichteten, z. B. für den Fall, wenn er dem Dritten den Kaufpreis oder einen Theil desselben ohne besondere Sicherheit kreditirt hat[1]), liegt nicht vor. Die positive Setzung solcher Sonderbestimmungen stände mit dem Wesen des Vorkaufsrechtes im Widerspruche. Der Verpflichtete mag, soweit er sich bei Einräumung des Vorkaufsrechtes nicht vorsehen konnte, bei Feststellung der Verkaufsbestimmungen mit dem Dritten das Nöthige bestimmen. Andererseits hat der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber die Verbindlichkeiten des Verkäufers zu erfüllen, und er ist hierzu nach allgemeinen Grundsätzen verbunden, auch wenn er den Kaufvertrag mit dem Dritten ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht abgeschlossen, oder wenn er den Kaufgegenstand dem Dritten schon übergeben hätte. Gegen den Dritten steht dem Berechtigten aus seinem Vorkaufsrechte allein keinerlei Anspruch zu; insbesondere verpflichtet den Dritten seine Kenntniß um das (obligatorische) Vorkaufsrecht allein weder zur Herausgabe noch zum Schadensersatze[2]). Dagegen wird auch durch den Abschluß des dinglichen Vertrages zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten allein der persönliche Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten auf Erfüllung, also auf Uebereignung des Gegenstandes noch nicht ausgeschlossen; die Verpflichtung zur Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung des Kaufes kommt auch hier nur nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht (vergl. bes. §§ 243,

5. Beiderseitige Verpflichtungen aus dem Vorkaufe.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 621, 622 (Recht auf Sicherheitsleistung); österr. G. B. §§ 1075, 1077; hess. Entw. Art. 73, 76 Nr. 2, bayr. Entw. Art. 388 Nr. 1, dresd. Entw. Art. 478, 483 (Einlösung als Bedingung der Ausübung, Nichteinlösung als Bedingung der Verwirkung des Vorkaufsrechtes); sächs. G. B. §§ 1125 (Einräumung eines besonderen Rücktrittsrechtes im Falle des Verzuges des Berechtigten in Erfüllung der durch den Eintritt in den Kauf übernommenen Verbindlichkeiten).

[2]) Vergl. dagegen preuß. A. L. R. I, 20 § 630, sächs. G. B. § 1124 Satz 3.

240, § 348)[1]). Dem Berechtigten ist selbstverständlich auch unbenommen, sein Interesse daran, daß der Verpflichtete seine aus dem künftigen Vorkaufe entspringenden Verbindlichkeiten erfülle, durch Vereinbarung einer eventuell auch hypothekarisch sicherzustellenden Konventionalstrafe mit dem Verpflichteten zu wahren.

Mehrere Vorkaufsberechtigte.

Sind mehrere Vorkaufsberechtigte oder mehrere Erben eines Berechtigten vorhanden, so können nur alle zusammen das Vorkaufsrecht ausüben, indem selbstverständlich in den von dem Verpflichteten abgeschlossenen Kaufvertrag nur im Ganzen, nicht theilweise eingetreten werden kann. Die mehreren Berechtigten können hiernach das Recht nur gemeinschaftlich ausüben. Dies stände an sich einer Bestimmung, wie sie das sächs. G. B. (§ 1128; vergl. dresd. Entw. Art. 477) enthält, daß nämlich, falls in dem unterstellten Falle einer oder einige der mehreren Berechtigten das Vorkaufsrecht nicht ausüben können oder wollen, die Uebrigen zur Ausübung berechtigt seien, nicht direkt entgegen. Auch mögen sich Billigkeitsgründe für diese Bestimmung geltend machen lassen. Dieselbe ist jedoch bedenklich, weil sie unter Umständen (z. B. wenn auf Kredit verkauft ist) den Verpflichteten zu benachtheiligen geeignet ist, auch mit der Nichtzessibilität des Rechtes (§ 486) nicht vollkommen harmonirt.

Aehnliche Verabredungen, wie ein Vorbehalt des Vorkaufes, können auch bei anderen Verträgen, als bei dem Verkaufe, vorkommen, ohne daß diesfalls eine besondere Bestimmung erforderlich wäre (vergl. sächs. G. B. § 1440).

§ 483.

Anzeigepflicht des Verpflichteten.

Die hier festgestellte Anzeigepflicht ist eine Konsequenz der eingegangenen Verpflichtung. Die wirklich erfolgte Anzeige ist nicht eine Voraussetzung für die Erklärung der Ausübung des Vorkaufsrechtes. Voraussetzung hierfür ist nur der wirkliche Abschluß eines Kaufvertrages[2]). Durch die Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige macht sich der Verpflichtete aber dem Berechtigten schadensersatzpflichtig. Die Anzeige ist überdies wesentlich für die Verwirkung des Vorkaufsrechtes wegen nicht rechtzeitiger Ausübung (§ 487 Nr. 2).

Ueber die Art der Anzeige bestimmt der Entwurf nichts Besonderes (vergl. §§ 74 ff.).

§ 484.

Eintritt des Berechtigten.

Durch ein bestehendes Vorkaufsrecht ist der Verpflichtete nicht gehindert, alle zulässigen Leistungen (§ 460) mit dem dritten Käufer zu vereinbaren. Der Berechtigte muß, wenn er das Vorkaufsrecht ausüben will, auch solche Neben-

---

[1]) Seufferts Arch. XXX Nr. 247. Anders nach preuß. Rechte a. a. O. §§ 626, 627, 628 (Eccius III S. 418), nach dem dresd. Entw. Art. 480, sächs. G. B. § 1124 Satz 1, 2 und wohl auch nach dem österr. G. B. § 1075 (Unger II § 116 Note 11 S. 381).

[2]) Ebenso preuß. A. L. R. a. a. O. § 608, Eccius III S. 415 Anm. 43 f., Dernburg III § 381; sächs. G. B. §§ 1119, 1121, 1122; dresd. Entw. Art. 475, 476, 483.

leistungen übernehmen. Ist er dieselben reell zu bewirken außer Stande und sind sie in Geld schätzbar, so muß er den Schätzungswerth leisten. Entscheidend ist der Geldwerth, welchen die Leistungen zur Erfüllungszeit haben. Die Verpflichtung zu dieser Geldleistung tritt, namentlich in Bezug auf die Erfüllung Zug um Zug, ganz an die Stelle der betreffenden Leistung. Ist die Nebenleistung in Geld nicht schätzbar, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechtes ausgeschlossen und dasselbe, da es an sich als blos obligatorisches Recht überhaupt nur zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten wirkt, gerade wie in dem Falle, wenn der Veräußerungsvertrag als Kauf nicht anzusehen ist, überhaupt erloschen, ohne daß von einer Entschädigungsverbindlichkeit des Verpflichteten die Rede sein kann[1]). Für die Frage, ob der Berechtigte die fraglichen Nebenleistungen nicht reell bewirken könne, kommt lediglich das subjektive Unvermögen des Berechtigten, wirklich zu leisten, was Gegenstand der Verpflichtung ist, in Betracht („außer Stand", vergl. § 237 Abs. 2). Wenn er dazu vielleicht auch nur zufällig im Stande ist, so muß die reelle Leistung erfolgen. Im Falle seines Unvermögens, die Leistung wirklich zu bewirken, kann aber dem Berechtigten, so konsequent das vielleicht auch im Hinblicke auf die Gleichstellung des Berechtigten mit dem dritten Käufer im Verhältnisse zum Verpflichteten erscheinen möchte, nicht die Vergütung des vollen Interesses auferlegt werden. Wenn hiernach das Vorkaufsrecht durch die Surrogirung des Schätzungswerthes eine gewisse Erweiterung erhält, so würde durch die Verpflichtung zur Interesseleistung der Berechtigte unberechenbaren Nachtheilen ausgesetzt und der praktische Werth des Vorkaufsrechtes schwer beeinträchtigt. in Nebenleistungen,

Nach der Vorschrift des Abs. 1 beantwortet sich insbesondere die Frage, ob der Berechtigte in einen sog. Kindskauf einzutreten berechtigt ist, vorausgesetzt, daß der Vertrag überhaupt als Kauf anzusehen ist[2]). Kindskauf,

Im zweiten Absatze ist die im gemeinen Rechte bestrittene und auch für das preuß. Recht verschieden beantwortete Frage[3]), ob bezw. wie der Vorkaufsberechtigte in dem Falle, wenn der Gegenstand, auf welchen sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit einem oder mehreren anderen Gegenständen um einen Gesammtpreis verkauft wird, in den Kauf einzutreten berechtigt ist, in Uebereinstimmung mit dem sächs. G. B. § 1123 und dresd. Entw. Art. 479 dahin entschieden, daß der Berechtigte durch einen solchen Verkauf an der Ausübung seines Rechtes in Beziehung auf den betreffenden Gegenstand nicht gehindert wird und im Falle der Ausübung nur den verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises zu entrichten hat. Der Verpflichtete hat hiernach nicht das Recht, den Eintritt des Berechtigten in den Gesammtkauf zu verlangen. Mengekauf.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 §§ 579 ff.; österr. G. B. § 1077; hess. Entw. Art. 76, 79 Nr. 1, bayr. Entw. Art. 385, dresd. Entw. Art. 478, 482. Nach dem sächs. G. B. § 1123 kann der Berechtigte sich durch Leistung der Schätzungssumme das Vorkaufsrecht auch dann nicht erhalten, wenn die Nebenvortheile in Geld schätzbar sind.

[2]) S. Stobbe, deutsches Priv. R. II § 89 Nr. 4; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 581 ff.

[3]) Seuffert's Arch. XV Nr. 236, X Nr. 77; preuß. A. L. R. a. a. O. § 607, s. hierzu Eccius III S. 414 A. 37, dagegen Dernburg III § 381.

Eine Entscheidung über den in Rede stehenden, ohne Zweifel nicht seltenen Fall, war im Hinblicke auf die verschiedenen, in der Theorie, Praxis und Gesetzgebung vertretenen Ansichten nicht abzuweisen. Die Vorschrift des Entwurfes ruft die geringsten Verwickelungen hervor und dient andererseits noch am meisten zur Wahrung des Interesses beider Theile.

§ 485.

Vorkauf beim Zwangsverkaufe.

Für das persönliche Vorkaufsrecht bestimmt § 485, daß dasselbe nicht ausgeübt werden kann, wenn sein Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wird. Ob und inwieweit für das eingetragene Vorkaufsrecht an einem Grundstücke von diesem Prinzipe abzuweichen ist, bestimmt das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (Subhastationsordnung)[1]).

Die Frage, ob das persönliche Vorkaufsrecht im Falle des Verkaufes im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet, ist bestritten. Der Entwurf verneint die Frage in Uebereinstimmung mit dem bayr. Entw. Art. 388 Nr. 2 und dem dresd. Entw. Art. 481. Wenn der dem obligatorischen Vorkaufsrechte unterliegende Gegenstand im Wege der Exekution veräußert wird, so kann bei dem Zwangsverkaufe selbst das Recht keine Berücksichtigung finden, der Gegenstand ist vielmehr so zu veräußern, als wenn das Recht nicht bestände. Es ist ebensowenig, wie sonstige obligatorische Rechte der Gläubiger des Schuldners, im Zwangsvollstreckungsverfahren zu beachten. Dies tritt noch deutlicher hervor, wenn zugleich das an die Pfändung sich knüpfende Pfandrecht gewürdigt wird. Insoweit wäre also eine besondere Bestimmung nicht erforderlich. Eine andere Frage aber ist, ob nicht der Vorkaufsberechtigte dem Schuldner (Verpflichteten) gegenüber geltend machen kann, der Fall der Ausübung des Vorkaufsrechtes sei durch den Zwangsverkauf gegeben, der Schuldner also gehalten, zu leisten, was er zu leisten haben würde, wenn er aus freier Hand ohne Rücksicht auf das Vorkaufsrecht unbedingt und vorbehaltlos verkauft und den Verkauf durch dinglichen Vertrag vollzogen hätte. Diese Frage wäre wohl zu bejahen, wenn man von der Ansicht ausgeht, der Schuldner sei auch bei einem Zwangsverkaufe als der Verkäufer zu betrachten. Der Entwurf verneint die Frage positiv, spricht also dem Vorkaufsrechte für den Fall des Zwangsverkaufes auch die obligatorische Wirkung ab, weil insoweit das Vorkaufsrecht nicht gerade eine besondere Begünstigung verdient und es ungemein hart sein würde, wenn der Schuldner in der angegebenen Weise haftbar sein sollte. Die Entscheidung des Entwurfes wird auch in der Regel der Absicht entsprechen, welche bei der Begründung des Rechtes obgewaltet hat.

Die Vorschrift des § 485 gilt nur bei einem Verkaufe im Zwangsvollstreckungsverfahren, in diesem Falle aber auch bei einem Verkaufe aus freier Hand durch den Gerichtsvollzieher. Sie findet nicht Anwendung auf eine Zwangsversteigerung theilungshalber (§ 769), wobei das Vorkaufsrecht vielmehr ausgeübt werden kann.

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 615 ff., Ges. v. 13. Juli 1883 § 67; österr. G. B. § 1076, sächs. G. B. § 1126, hess. Entw. Art. 77.

§ 486.

Unübertragbarkeit.

Die Bestimmung, daß das Vorkaufsrecht — sofern nicht das Gegentheil bei der Begründung des Rechtes festgesetzt worden — auf einen Anderen nicht übertragen werden kann (vergl. § 296 Abs. 2), entspricht der in Theorie und Praxis herrschenden, auch in der Gesetzgebung angenommenen und mit der Erfahrung des Verkehres übereinstimmenden Auffassung, daß das Vorkaufsrecht nur persönlichen Interessen des Berechtigten zu dienen bestimmt ist[1]). Von selbst versteht sich, daß das durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes entstandene Recht aus dem Kaufvertrage nach allgemeinen Grundsätzen übertragbar ist.

§ 487.

Erlöschen des Vorkaufsrechtes: a) mit Tod des Berechtigten;

Zu der Bestimmung der Nr. 1 gilt im Wesentlichen das zu § 486 Bemerkte[2]). Daß das Vorkaufsrecht, wenn nicht das Gegentheil festgesetzt wurde, gegen die Erben des Verpflichteten ausgeübt werden kann (sächs. G. B. § 1127), folgt beim Schweigen des Entwurfes aus der Vorschrift des § 292.

b) durch Nichtausübung auf erfolgte Anzeige;

Die bestehende Gesetzgebung hat durchgehends, in Ermangelung einer für die Ausübung des Vorkaufsrechtes festgesetzten Frist, in dem berechtigten Streben, dem Vorkaufspflichtigen das durch das Vorkaufsrecht gehemmte freie Verfügungsrecht zurückzugeben, subsidiär die Ausübung des Rechtes an bestimmte Fristen gebunden[3]). In der That ist in dieser Richtung eine gesetzliche Hülfe erforderlich. Nach dem Vorgange der Mehrzahl der Gesetze bestimmt deshalb der Entwurf, daß das Vorkaufsrecht erlösche, wenn der Berechtigte auf die Anzeige des Verpflichteten von dem mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrage nicht innerhalb der für die Ausübung des Rechtes bestimmten Frist (Präklusivfrist) und in Ermangelung einer besonders bestimmten Frist bei Grundstücken (§ 781) nicht innerhalb einer Frist von zwei Monaten, bei anderen Gegenständen nicht innerhalb einer Frist von einer Woche gegenüber dem Verpflichteten erklärt, daß er das Vorkaufsrecht ausübe (§ 482). Diese Präklusivfristen sind so bemessen, daß sie für die Regelfälle dem Berechtigten genügen werden; für außerordentliche Verhältnisse kann bei der Begründung des Rechtes durch Bestimmung einer geräumigeren Frist gesorgt werden. Zu weit geht der bayr. Entw., indem er die Bestellung des Vorkaufsrechtes überhaupt nur auf eine bestimmte Frist zuläßt.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 594; österr. G. B. § 1074 (Unger I S. 570 Note 9); sächs. G. B. § 1127; hess. Entw. Art. 75, dresd. Entw. Art. 484. Vergl. § 952 Abs. 2 Nr. 2.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 596; vergl. I, 11 §§ 316, 317, Eccius III S. 413 A. 30; österr. G. B. § 1074, Unger I S. 570 Nr. 9; sächs. G. B. § 1127; zür. G. B. § 1458; hess. Entw. Art. 75, 76 Nr. 3, bayr. Entw. Art. 388 Ziff. 3, dresd. Entw. Art. 484.

[3]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 609, 610, österr. G. B. § 1075, sächs. G. B. § 1122, hess. Entw. Art. 73, bayr. Entw. Art. 356, 357, dresd. Entw. Art. 476.

Unterläßt der Verpflichtete die Anzeige von dem Verkaufe, zu welcher nach dem Sinne und dem Wortlaute der Vorschrift auch die Mittheilung der Person des Käufers und der Bestimmungen des Kaufvertrages gehört (§ 483), so greift die gewöhnliche Verjährung Platz.

c) durch Ablauf der für das Recht gesetzten Zeit; durch Verzicht.

Von selbst versteht sich, daß das obligatorische Vorkaufsrecht auch erlischt, wenn für dasselbe eine Frist in dem Sinne festgesetzt worden, daß es ohne Rücksicht darauf, ob innerhalb derselben ein Verkauf stattfinde oder nicht, nur für die Dauer der Frist bestehen soll, und innerhalb der Frist ein Kaufvertrag nicht abgeschlossen wurde, sowie wenn der Berechtigte auf die Anzeige von dem Verkaufe oder aus Anlaß des Verkaufes des seinem Rechte unterliegenden Gegenstandes durch den Verpflichteten diesem gegenüber sich seines Rechtes begiebt (§ 290)[1].

IV. Erbschaftskauf.

§ 488.

1. Stellung im Entwurfe.

Der Entwurf normirt nach dem Vorgange anderer Gesetzgebungen (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 445 ff.; österr. G. B. §§ 1278 ff.; code civil Art. 1696 ff.; vergl. hess. Entw. IV, 2 Art. 36 ff., bayr. Entw. Art. 340 ff., dresd. Entw. Art. 439 ff.) den obligatorischen Vertrag, dessen Gegenstand die Veräußerung einer Erbschaft bildet, im Obligationenrechte. Allerdings haben die Eigenthümlichkeiten dieses Vertrages ihren Grund in dessen Gegenstand (Erbschaft als Vermögensinbegriff, im Gegensatze zum Kaufe einzelner in einem Nachlasse befindlicher Gegenstände) und stehen im Zusammenhange mit erbrechtlichen Normen, weshalb im sächs. G. B. die entsprechenden Normen (§§ 2372 ff.) im Erbrechte eingestellt sind[2]; immer aber handelt es sich um Rechtsgeschäfte unter Lebenden, deren obligatorische Wirkungen unter den Parteien in erster Linie in Frage stehen, und die Normen über die an den Vertrag sich anschließenden Rechtsbeziehungen des Käufers zu Dritten (Nachlaßgläubiger ꝛc.) lassen sich passend und zweckmäßig hier anreihen. Den Regelfall bildet der Erbschaftskauf; deshalb sind die Bestimmungen dem vierten Titel über den Kauf angeschlossen; in § 500 finden sich die entsprechenden Bestimmungen für andere Verträge über die Veräußerung einer Erbschaft.

2. Gegenstand: a) eine dem Verkäufer angefallene Erbschaft;

Der über die Erbschaft eines Dritten vor dem Tode des Erblassers geschlossene Vertrag ist nach der Vorschrift des § 349 verboten (nichtig). Gegenstand des obligatorischen Vertrages, gerichtet auf Erbschaftsübertragung, ist eine dem Verkäufer *schon angefallene Erbschaft* (§ 2025). Ein Vertrag, abgeschlossen nach dem Tode des Erblassers, aber vor dem Anfalle der Erbschaft an den Verkäufer, fällt weder unter das Verbot des § 349, noch direkt unter die Bestimmung der §§ 488 ff. Die rechtlichen Wirkungen eines derartigen Vertrages, z. B. zwischen dem Nacherben und

---

[1]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 597—600.

[2]) Ebenso zür. G. B. §§ 2143 ff. Auf demselben Standpunkte steht das schweiz. Bd. Ges. Vergl. Mommsen, Erbr. Entw. §§ 325 ff., Windscheid III § 621, Eccius IV § 277.

einem Dritten vor dem Falle der Nacherbfolge (§ 1804) oder über eine Erbschaft, deren Anfall Jemand als Folge des in Aussicht genommenen oder erhofften Wegfalles des Nächstberufenen für sich erwartet (vergl. z. B. §§ 2042, 2048), bestimmen sich zunächst nach allgemeinen Grundsätzen über Verträge, deren Gegenstand ein bedingtes, künftiges, noch nicht existirendes Recht bildet, wobei im Falle der Gültigkeit des Vertrages und Realisirung des Rechtes (des Anfalles) die Vorschriften der §§ 488 ff. zur entsprechenden Anwendung kommen. Der Fall, wenn Jemand eine fremde, ihm nicht gehörende Erbschaft veräußert, wird dagegen durch die Vorschriften über den Erbschaftskauf nicht getroffen, untersteht vielmehr den allgemeinen Grundsätzen über Veräußerung fremden Gutes.

b) der Inbegriff der zur Erbschaft gehörigen Vermögensstücke.

Den Gegenstand des Erbschaftskaufes bildet nicht das Erbrecht, sondern der Inbegriff der zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke. Im röm. und gemeinen Rechte ist dieser Gegensatz scharf ausgeprägt: der Vertrag bezweckt und erzielt keine Uebertragung des Erbrechtes, es wird nicht eine Universalsukzession für den Käufer eröffnet; der Käufer ist vielmehr Singularsukzessor des Verkäufers in die einzelnen zu der Erbschaft gehörenden aktiven Vermögensbestandtheile. Es entsteht zwischen Verkäufer und Käufer nur ein obligatorisches Verhältniß, welches sich im Besonderen nach dem Inhalte des Vertrages bestimmt, im Allgemeinen aber darauf gerichtet ist, daß die Kontrahenten sich verpflichtet sind, einander dasjenige zu gewähren, was sie haben würden, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre. Gleichgültig ist in dieser Beziehung, ob der Käufer ein Miterbe des Verkäufers oder ein Dritter ist[1]). Dieser gemeinrechtlichen Auffassung folgen das sächs. G. B. (§§ 2372 ff.), das zür. G. B. (§§ 2141 ff.), der code civil (Art. 1696 ff.), der hess. Entw. (Art. 36 ff.), der dresd. Entw. (Art. 439), sowie der Erbrechtsentwurf von Mommsen (§§ 325 ff., Mot. S. 353). In gleicher Weise ist auch das österr. G. B. (§§ 1278 ff.) zu verstehen[2]). Dagegen liegt den Normen des preuß. A. L. R. (I, 11 §§ 445 ff.) über den eigentlichen Erbschaftskauf der Gedanke zu Grunde, daß das Erbrecht oder ein Theil desselben verkauft werde, der Käufer in alle Rechte und Pflichten des Erben eintrete, somit Universalsukzessor des Erblassers werde, wenn auch diese Auffassung nicht konsequent durchgeführt ist und in der Theorie vielfach wegzudeuten gesucht wird[3]). Dem bayr. Entw. (Art. 340 ff., Mot. S. 138; vergl. bayr. L. R. IV, 4 § 7 Nr. 9) diente das preuß. A. L. R. zum Vorbilde. Der Gedanke eines Verkaufes des Erbrechtes und einer durch den Kaufvertrag begründeten Universalsukzession ist juristisch nicht zu begründen und läßt sich, wie das preuß. A. L. R. und der bayr. Entwurf zeigen, nur theilweise durch positive, singuläre Vorschriften durchführen; er muß deshalb schon aus praktischen Gründen aufgegeben werden. Der Entwurf schließt sich demgemäß gleichfalls dem gemeinen Rechte an, obwohl im Hinblicke auf die eigenthümliche

---

[1]) Windscheid § 621, § 397 Note 4.

[2]) Unger, System VI § 49 S. 222 A. 3.

[3]) Vergl. Dernburg, preuß. Priv. R. II § 234, Eccius I § 98 S. 621, IV § 277.

Natur des Kaufgegenstandes und aus Rücksicht auf die Interessen betheiligter Dritter einige besondere, von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Vorschriften nicht umgangen werden können.

3. Form. Der Erbschaftskauf als solcher ist keiner Form unterworfen. Es liegt im Wesen und Zwecke dieses Vertrages kein Grund, von dem Prinzipe der Formfreiheit (§ 91) abzuweichen (s. aber § 351). Zwar ist für den obligatorischen Vertrag über Veräußerung des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder eines Bruchtheiles des Vermögens nach § 350 Abs. 2 die gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben. Ein solcher Vertrag ist aber nach Umfang und Bedeutung von dem Erbschaftskaufe verschieden und weit inhaltschwerer als dieser, indem die Uebertragung des Vermögens thatsächlich meist eine antizipirte Erbfolge enthält, während es sich beim Erbschaftskaufe nur um die Veräußerung eines Bestandtheiles des Vermögens handelt. Beim Erbschaftskaufe liegt auch nicht, wie dort, die Gefahr vor, daß die Vorschriften über letztwillige Verfügungen umgangen werden könnten. Ebensowenig sprechen die sonstigen praktischen Gründe, welche für die Formalisirung des auf Uebertragung des Vermögens gerichteten Vertrages mit maßgebend sind, für die gleiche Vorschrift hier. Die Formalisirung des Erbschaftskaufes würde vielmehr zu einer unnöthigen, nicht unbedenklichen Beengung des Verkehres führen, in welcher Beziehung namentlich die nicht seltenen Verträge unter Miterben, durch welche ein ausscheidender und abgefundener Miterbe seine Quote den übrigen Erben überläßt, in Betracht kommen. Aus dieser Rücksicht insbesondere wurde die besondere Formvorschrift des preuß. A. L. R. I, 11 § 473 (gerichtlicher Abschluß) durch Ges. v. 11. Juli 1845 (G. S. S. 495) aufgehoben, wonach der Erbschaftskauf seither nur mehr dem allgemeinen Prinzipe des Landrechtes über die Form der Verträge untersteht. Auch die übrigen Rechte sehen von einer Formvorschrift ab (ebenso Erbrechtsentw. von Mommsen § 325 Abs. 3)[1]).

4. Verpflichtungen des Verkäufers. In Abs. 1 ist das dem Erbschaftskaufe entsprechende Prinzip in Ansehung des Umfanges der gegenseitigen obligatorischen Verpflichtung ausgedrückt; die nähere Ausführung findet sich in den §§ 489, 490, 491, 495, 496, 499. Durch den Abschluß des Erbschaftskaufes wird der Verkäufer dem Käufer auch verpflichtet, von dem ihm etwa noch zustehenden Ausschlagungsrechte (§§ 2025, 2028) keinen Gebrauch zu machen (§ 492). Doch wird in dem Verkaufe der Erbschaft regelmäßig eine stillschweigende Annahme der Erbschaft liegen (§ 2029; Mommsen, Erbrechtsentw. § 325 Abs. 1).

Das Prinzip wird, betreffend den Gegenstand des Kaufes, bezw. die Verpflichtung des Verkäufers, zunächst durch die Interpretationsregel des Abs. 2

Nacherbschaft. dahin erläutert, daß der Erbtheil, welcher dem Verkäufer *nach dem Abschlusse des Kaufvertrages* durch Nacherbfolge (§§ 1804 ff.) oder in Folge des Wegfalles eines anderen Erben anfällt, sowie das Vorausvermächtniß, mit welchem der Verkäufer bedacht ist, als mitverkauft nicht anzusehen sind. Unter dem in Folge des Wegfalles eines anderen Erben dem

---

[1]) Mit Ausnahme des zür. G. B. §§ 2138, 2146 (schriftliche Abfassung des Vertrages), des hess. Entw. Art. 35 (gerichtliche Beurkundung) und des bayr. Entw. Art. 339 (Errichtung in öffentlicher Urkunde).

Verkäufer anfallenden Erbtheile ist verstanden insbesondere sowohl der demselben durch Anwachsung im eigentlichen Sinne (§§ 1797 ff.) zufallende Erbtheil, als derjenige, welcher dem gesetzlichen Erben durch den Wegfall eines anderen Erben nach dem Kaufabschlusse anfällt (§ 1972). Im gemeinen Rechte ist streitig, ob die Akkreszenzportion dem Verkäufer oder Käufer gebühre; das preuß. A. L. R., das österr. und das sächs. G. B. sprechen sie dem Käufer, die französische Jurisprudenz, die neueren Entwürfe und der Erbrechtsentwurf von Mommsen dem Verkäufer zu[1]). Die Frage ist nicht aus dem Wesen des Anwachsungsrechtes, sondern lediglich nach der muthmaßlichen Absicht der Kontrahenten zu entscheiden. Diese spricht für die Bestimmung des Entwurfes. Bezüglich des Anfalles durch Nacherbfolge und des Vorausvermächtnisses besteht Uebereinstimmung. Durch die Vorschrift des § 1845 Abs. 2 ist klargestellt, daß der Verkäufer auch diejenige Quote des Vorausvermächtnisses, welche er als Erbe an sich selbst zu leisten hätte, behält. Die Schenkung auf den Todesfall (von Todeswegen) ist in Abs. 2 nicht genannt, weil auf sie nach der Vorschrift des § 1963 dann, wenn nur ein vertragsmäßiges Schenkungsversprechen ertheilt wurde, die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag oder den Vermächtnißvertrag, falls aber die Schenkung durch Veräußerung vollzogen ist, die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden. Anwachsung. Voraus-vermächtniß 2c.

Die Bestimmung des dritten Absatzes, daß die aus dem Wegfalle eines Vermächtnisses (§ 1875) oder einer Auflage (§§ 1886, 1887) sich ergebenden Vortheile dem Käufer gebühren, ist geltendes Recht[2]) und entspricht dem Prinzipe wie allgemeinen Grundsätzen (vergl. §§ 494, 495; § 463 Abs. 1). Wegfall eines Vermächtnisses 2c.

Darüber, ob Familienschriften oder Familienbilder als mitverkauft anzusehen seien, enthält sich der Entwurf einer Bestimmung. Dieselben können unter Umständen einen hohen Vermögenswerth haben; sie unbeschränkt dem Verkäufer vorzubehalten, erscheint bedenklich. Mit der Beschränkung eines solchen Vorbehaltes auf Familienschriften oder Bilder, welchen ein Vermögenswerth fehlt, wäre wenig erreicht, da meist irgend ein Vermögenswerth sich nachweisen lassen wird. Es können auch noch andere Gegenstände im Nachlasse sich finden, welche aus ähnlichen Gründen als von dem Kaufe ausgeschlossen zu erklären wären und bezüglich welcher durch den Ausschluß der Familienschriften 2c. ein mißliches argumentum e contrario geschaffen würde. Die Entscheidung kann der richterlichen Prüfung im einzelnen Falle überlassen bleiben[3]). Familienschriften 2c.

---

[1]) Windscheid § 621 Note 17, § 603 Note 14, Unger VI § 49 Note 7; preuß. A. L. R. I, 11 § 458; österr. G. B. § 1279; sächs. G. B. § 2373; hess. Entw. Art. 38, bayr. Entw. Art. 344, dresd. Entw. Art. 441, Mommsen'scher Entw. Art. 327 Abs. 1; Zachariä II § 359 Anm. 36.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 457, 460; österr. G. B. § 1279; sächs. G. B. § 2374; hess. Entw., bayr. Entw., dresd. Entw. a. a. O., Entw. von Mommsen § 327 Abs. 3.

[3]) Vergl. § 2155. Das preuß. A. L. R. a. a. O. § 479, sächs. G. B. § 2375, dresd. Entw. Art. 447, Entw. von Mommsen § 328 erklären solche Schriften im Zweifel als vom Kaufe ausgeschlossen.

§ 489.

Verpflichtung zur Uebertragung der Sachen und Rechte;

§ 489 spricht die aus dem Prinzipe des § 488 Abs. 1 sich ergebende Konsequenz aus, daß der Verkäufer verpflichtet ist, die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Sachen und Rechte dem Käufer zu übertragen (§ 459 Abs. 1). Hierdurch ist der Gedanke einer Universalsukzession besonders negirt. In Ansehung der Forderungen und anderen zessibelen Rechte findet § 313 Anwendung; es ist auch hier im Einzelfalle zu prüfen, ob schon im Abschlusse des Kaufvertrages oder in einem späteren Akte eine generelle Abtretung enthalten ist. In Gemäßheit der Vorschriften der §§ 301, 462 hat der Verkäufer dem Käufer insbesondere über die den Kaufgegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse die nöthigen Aufschlüsse zu ertheilen und die Beweisurkunden auszuliefern[1]). Aus §§ 462, 777 folgt ferner hier die Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung des Offenbarungseides.

§ 490.

gewisser Ansprüche (Erbschaftsanspruch);

Nach § 490 ist der Verkäufer ferner verpflichtet, dem Käufer die aus der Gemeinschaft der Miterben oder der Ausgleichungspflicht eines Miterben entstandenen Ansprüche (§§ 2151 ff., 2157 ff.), sowie die auf Herausgabe der Erbschaft gegen Dritte ihm zustehenden Ansprüche abzutreten. Unter letzteren ist vor Allem der Erbschaftsanspruch (§§ 2080 ff.) gemeint, aber z. B. auch im Falle der Veräußerung der Nacherbschaft durch den Nacherben nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge der dem Nacherben gegen den Vorerben neben dem Erbschaftsanspruche zustehende obligatorische Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft. Daß der Erbschaftskäufer in die Lage gesetzt werden muß, die bezeichneten Ansprüche zu verfolgen, ergiebt sich aus der besonderen Natur des Kaufgegenstandes sowie aus dem in § 488 Abs. 1 ausgesprochenen Prinzipe. Dies ist auch allerseits anerkannt. Für das preuß. Recht, wonach der Käufer das Erbrecht an Stelle des Verkäufers erwirbt, versteht es sich von selbst. Aber auch im gemeinen Rechte und den anderen Rechten wird dem Käufer die Befugniß, jene Ansprüche für sich geltend zu machen, beigelegt — allerdings auf Grund einer cessia ficta[2]). Die Annahme einer solchen widerspricht dem Standpunkte des Entwurfes (§§ 488, 489, 294, 313). Die Aufnahme der Ausgleichungsforderungen des Verkäufers gegen einen Miterben entspricht dem muthmaßlichen Willen der Parteien; dieselben können möglicherweise von größerem Werthe sein, als die ganze Erbschaft, und bilden einen Ersatz für die Verringerung der Erbmasse. Da die Bestimmung des § 490 nur das obligatorische Verhältniß zwischen dem Verkäufer und Käufer der Erbschaft berührt

---

[1]) Windscheid § 621; österr. G. B. § 1278; code civil Art. 1697, 1698, sächs. G. B. § 2372, §§ 2376—2379; hess. Entw. Art. 36, 37, 41, 42, dresd. Entw. Art. 439, 440, 445, 446; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 474, 454—456, 480—482; bayr. Entw. Art. 340—342, 346, 347.

[2]) Gruchot, Beiträge IX S. 560, Unger VI S. 222, Zachariä II S. 503, Entsch. d. R. G. in Civils. VII S. 290 ff.; sächs. G. B. § 2379; dresd. Entw. Art 448, Mommsen Erbrechtsentw. § 333.

und den muthmaßlichen Vertragsgegenstand bezeichnet, so liegt in ihr auch kein Widerspruch mit dem auf einer ganz anderen Rücksicht beruhenden § 2164 Abs. 2, wonach die Ausgleichungsforderung nicht als ein Bestandtheil des gesetzlichen Erbtheiles des Berechtigten gilt. Zur Beseitigung von Zweifeln erwähnt der § 490, als der Zessionspflicht unterliegend, auch die Ansprüche des Verkäufers gegen einen Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger, weil diese Ansprüche, ohne Erbschaftsforderungen zu sein, zu den Nachlaßforderungen gehören. In Ansehung der Forderungen des Verkäufers gegen einen als Geschäftsführer verhafteten vorberufenen Erben, welcher ausgeschlagen hat (§ 2056), wird auch ohne besondere Bestimmung nicht verkannt werden, daß dasselbe gilt.

§ 491.

Die Vorschrift des § 491 Abs. 1 beruht nicht auf dem Gesichtspunkte, daß der Verkäufer der Erbschaft dem Käufer für die Zeit vor der Schließung des Kaufvertrages zur Diligenz verpflichtet sei (s. Abs. 2). Maßgebend ist vielmehr die Rücksicht auf das in § 488 ausgesprochene Prinzip und auf die regelmäßige Parteiintention[1]). Die Verbindlichkeit des Verkäufers, dem Käufer Alles auszuliefern, was er vor der Schließung des Kaufes aus der Erbschaft erlangt hat, umfaßt die aus der Erbschaft gezogenen Früchte (§ 792), im Sinne der regelmäßigen Parteiintention aber nicht die Nutzungen überhaupt, d. h. nicht die durch den Gebrauch von Erbschaftsgegenständen dem Verkäufer erwachsenen Vortheile (§ 793); sie umfaßt namentlich auch den Lotterie- und Prämiengewinn, sowie ähnlichen Erwerb. Der Verkäufer hat dem Käufer ferner den Erlös aus der Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände, worunter auch die Einziehung erbschaftlicher Forderungen fällt, zu verabfolgen, bezw. die noch ausstehenden Ansprüche auf die Gegenleistung für veräußerte Gegenstände abzutreten. Der hierbei für das Schuldverhältniß unter den Vertragschließenden aufgestellte Grundsatz „pretium succedit in locum rei" mag positiven Karakters und unter Umständen unbefriedigende Entscheidungen herbeizuführen geeignet sein. Die Vorschrift ist jedoch nur dispositiv, schafft praktisch die geringsten Schwierigkeiten und stimmt mit dem geltenden Rechte sowie mit dem als Regel vorauszusetzenden Willen der Parteien überein. — Des Weiteren hat der Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen jedes einzelne Erbschaftsstück mit Erweiterungen und Vergrößerungen, sowie mit Zubehör auszufolgen (vergl. §§ 782 ff., 789—791).

des aus der Erbschaft Erlangten;

pretium succedit in locum rei;

Die Vorschrift endlich, daß der Verkäufer für die von ihm verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Gegenstände den — nach der Zeit des Verbrauches oder der Veräußerung sich bestimmenden — Werth (gemeinen Werth, arg. § 221) zu ersetzen habe, entspricht gleichfalls dem Prinzipe, wie dem vermuthlichen Parteiwillen. Das Gleiche gilt von der Vorschrift, daß der Ver-

Ersatz für abgegangene Gegenstände;

---

1) Ebenso im Wesentlichen Windscheid § 621 Noten 15, 16; preuß. A. L. R. I, 11 § 477, Eccius § 277; österr. G. B. § 1283, Unger VI S. 227; sächs. G. B. § 2376; hess. Entw. Art. 57, bayr. Entw. Art. 343, dresd. Entw. Art. 440, Entw. von Mommsen § 329.

käufer, wenn er einen herauszugebenden Gegenstand belastet hat, in gleicher Weise, wie im Falle der Veräußerung, entsprechenden Ersatz zu leisten hat, falls er die Belastung nicht rückgängig macht. Veräußerung und Belastung stehen sich hierin gleich.

Begrenzung der Ersatzpflicht.

Durch die Bestimmung des zweiten Absatzes wird die Herausgabepflicht des Verkäufers in sachgemäßer Weise begrenzt. Hiernach haftet der Verkäufer insbesondere für die vor der Schließung des Kaufes eingetretenen Abgänge, Verschlechterungen oder Werthsminderungen auch dann nicht, wenn er solche bei Anwendung der Diligenz eines ordentlichen Hausvaters hätte abwenden können[1]). Es liegt regelmäßig nicht in der Intention des Verkäufers, sich nachträglich wie einen Verwalter fremden Gutes behandeln zu lassen und Rechenschaft für eine Zeit abzulegen, wo ihm eine Verpflichtung, für Erhaltung und Bewahrung der Erbschaftsstücke zu sorgen, noch nicht obgelegen hat. Es ist in dieser Hinsicht auch gleichgültig, ob eine Verringerung auf einem wissentlichen Handeln oder auf einer Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters beruht. Der Verkäufer hat vermuthlich jede derartige Verantwortung ablehnen wollen; der Käufer mag sich, wenn der Verkäufer darauf eingeht, durch eine besondere Vertragsklausel decken.

Die Verpflichtungen des Käufers nach dem Abschlusse des Kaufvertrages bestimmen sich nach den allgemeinen Grundsätzen (Entw. von Mommsen § 332; vergl. sächs. G. B. § 2377).

§§ 492, 493.

Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers einer Erbschaft, dem Käufer dafür Gewähr zu leisten, daß ihm das bei dem Abschlusse des Kaufes angegebene Recht auf die Erbschaft zustehe, daß dieses Recht durch dasjenige eines Nacherben nicht beschränkt (§§ 1804 ff., bes. § 1807), auch durch Pflichttheilsansprüche (§§ 1975 ff.), durch Vermächtnisse und durch Auflagen nicht beschwert sei (§§ 1842 ff., 1886 ff.), sowie andererseits die Befreiung des Verkäufers von der Verbindlichkeit, wegen Entwehrung einzelner Erbschaftsgegenstände, sofern solche nicht aus einem der angegebenen Gründe erfolgt, sowie wegen Mängel erbschaftlicher Gegenstände Gewähr zu leisten, entspricht dem geltenden Rechte[2]) und ist in der besonderen Natur des Vertragsgegenstandes als eines Inbegriffes von Vermögensgegenständen wie in der Intention der Parteien begründet. Die Gewährleistungspflicht in Ansehung der Vermächtnisse insbesondere rechtfertigt sich, weil sie im Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und Käufer als Belastungen des Erbrechtes (nicht als Erbschaftsschulden) erscheinen. Für die Pflichttheilsansprüche gilt das Gleiche. Keine Gewähr hat der Verkäufer dagegen zu leisten für das Nichtbestehen einer Ausgleichungsverbindlichkeit gegenüber einem Miterben (§§ 2157 ff.), da der Käufer auch den Vortheil aus

---

[1]) Anders nach gemeinem und preuß. Rechte (Windscheid und Eccius a. a. O.).

[2]) Windscheid § 621, Sintenis, Civ. R. III S. 671 Note 18; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 484 ff.; österr. G. B. § 1283, § 930; code civil Art. 1696; sächs. G. B. § 2381; hess. Entw. Art. 39, 40, bayr. Entw. Art. 345 Abs. 2, 359, dresd. Entw. Art. 440, 443, Entw. v. Mommsen § 335.

der Kollationspflicht eines Miterben zieht (§ 490). Die Aufzählung dessen, wofür der Verkäufer dem Käufer kraft Gesetzes Gewähr zu leisten hat, in §§ 492, 493 ist überhaupt vollständig, nicht exemplifikativ. In Ansehung der Gewährleistungspflicht gelten die allgemeinen Grundsätze (§§ 370 ff., § 298). Hiernach haftet der Verkäufer nicht, wenn der Käufer bei dem Abschlusse des Vertrages den betreffenden Mangel im Rechte des Verkäufers gekannt hat (§ 373), und kann andererseits die Gewährleistungspflicht des Verkäufers vertragsmäßig erweitert werden (§ 380). Ob eine derartige Erweiterung in dem Verkaufe auf Grund eines über die Erbschaft aufgenommenen Verzeichnisses liegt, ist Thatfrage[1]). Von selbst versteht sich, daß der Erbschaftsverkäufer, wenn ihn in Beziehung auf den juristischen oder physischen Mangel eines Erbschaftsgegenstandes im Falle seiner Kenntniß der Vorwurf des arglistigen Verfahrens gegen den Käufer trifft, nach allgemeinen Grundsätzen für das Interesse haftet.

Der Verkäufer der Erbschaft hat dem Käufer ferner dafür Gewähr zu leisten, daß das Inventarrecht nicht erloschen (§§ 2094, 2095, 2106) oder gegenüber einem Nachlaßgläubiger ausgeschlossen (§ 2108) ist (vergl. § 498). Allerdings besteht eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers an sich für die Nichtexistenz von Nachlaßverbindlichkeiten im Allgemeinen nicht, und kann der Käufer hinsichtlich der wichtigsten Fälle des Erlöschens des Inventarrechtes, nämlich durch Verzicht und Versäumung der Inventarfrist (§§ 2094, 2095), über den wirklichen Sachverhalt sich leicht durch Erkundigung beim Nachlaßgerichte vergewissern. Letzteres Moment trifft aber nicht oder nicht in demselben Maße zu im Falle der Verwirkung des Inventarrechtes seitens des Erben nach Maßgabe des § 2106 und des blos relativen Verlustes des Inventarrechtes (§ 2108). Ueberdies hat der Verkäufer gemäß § 462 dem Käufer über die den Kaufgegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse die nöthigen Aufschlüsse zu ertheilen. Als ein solches rechtliches Verhältniß erscheint beim Erbschaftskaufe der Bestand oder Nichtbestand des Inventarrechtes. Hiernach ist es gerechtfertigt, den Erbschaftskäufer allgemein als dem Käufer dafür haftbar zu erklären, daß zur Zeit des Kaufabschlusses das Inventarrecht weder allen noch einzelnen Gläubigern gegenüber verloren war, und wird diese Verpflichtung passend als Gewährleistungspflicht im Sinne des § 492 (§§ 370 ff.) aufgefaßt. Hat der Käufer den absoluten oder relativen Verlust des Inventarrechtes beim Abschlusse des Kaufes gekannt, so zessirt auch diese Gewährleistungspflicht selbstverständlich gemäß der Bestimmung in § 373.

§ 494.

Nach der allgemeinen Vorschrift des § 463 trägt der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung, sowie die Lasten des Kaufgegenstandes bis zur Uebergabe der Sache an den Käufer, 5. Gefahr; Nutzungen.

[1]) Windscheid a. a. O. Note 18; österr. G. B. § 1283; code civil Art. 1696; hess. Entw. Art. 39, bayr. Entw. Art. 351; vergl. sächs. G. B. § 2381, dresd. Entw. Art. 443 Abs. 2; Motive zum Erbrechtsentw. v. Mommsen S. 358.

bezw. beim Verkaufe einer unbeweglichen Sache bis zu der vor der Uebergabe erfolgten Eintragung des Eigenthumsüberganges in das Grundbuch, andererseits gebühren dem Verkäufer bis zu den genannten Zeitpunkten die Nutzungen der Sache. Hiernach hätte der Erbschaftskäufer ohne besondere Bestimmung zwar auf die in die Zeit vom Anfalle der Erbschaft bis zum Abschlusse des Erbschaftskaufes fallenden Früchte der Erbschaftsgegenstände (§ 491 Abs. 1), nicht aber auch auf die Früchte und sonstigen Nutzungen von dem Abschlusse des Erbschaftskaufes an bis zur Uebergabe bezw. bis zur Auflassung Anspruch. Hierin läge zweifellos eine sachwidrige Disharmonie. Dieser begegnet die Vorschrift des § 494, welche überdies, wie diejenige der §§ 492, 493 über die Gewährleistungspflicht, auf der Auffassung beruht, daß in Ansehung der obligatorischen Rechtsbeziehungen der Parteien unter einander den Gegenstand des Kaufvertrages nicht sowohl die einzelnen zur Erbschaft gehörenden Vermögensobjekte, als vielmehr die Erbschaft als juristisches Ganzes bildet. Zudem bestimmen sich nach dem Prinzipe des § 488 Abs. 1 die obligatorischen Rechte und Pflichten der Parteien nach der Voraussetzung, nicht der Verkäufer, sondern der Käufer sei der Erbe geworden, aus welcher rückwärts wirkenden Voraussetzung mit Fug gefolgert werden kann, daß der Käufer, weil er schon für die Vergangenheit als Erbe zu betrachten sei, auch die Gefahr vom Kaufabschlusse an zu tragen habe[1]). Konsequent müssen dem Erbschaftskäufer von dem Abschlusse des Erbschaftskaufes an auch die Nutzungen (§ 793) der erbschaftlichen Gegenstände zugesprochen werden. Die Haftung des Verkäufers für Herausgabe dieser Nutzungen ist jedoch nach der ihm obliegenden Diligenz eine andere als bei den vor dem Vertragsabschlusse gezogenen Nutzungen. Daß der Verkäufer die Lasten der Erbschaft zu tragen hat, ist im § 495 bestimmt.

§ 495.

6. Verpflichtungen des Käufers: Kaufpreis;

Der Käufer ist selbstverständlich verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und ihm die in der verkauften Erbschaft befindlichen Aktivbestandtheile abzunehmen, auch den nicht gestundeten Kaufpreis von dem Abschlusse des Kaufes an zu verzinsen. Außerdem ist der Käufer gemäß dem Prinzipe des § 488 Abs. 1 dem **Verkäufer gegenüber** verpflichtet, die

Lasten der Erbschaft;

Lasten der Erbschaft und der dazu gehörenden Gegenstände zu tragen, insbesondere die Nachlaßverbindlichkeiten und die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben[2]). Was zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehört, bestimmt § 2092. In Ansehung der Pflichttheilsansprüche, Vermächtnisse und Auflagen hat jedoch der Verkäufer dem Käufer, soweit sie diesem bei Schließung des Vertrages

---

[1]) Nach den auf dem Gedanken der Universalsukzession beruhenden Vorschriften des A. L. R. I, 11 §§ 474, 475 geht die Gefahr der Erbschaft gleichfalls mit dem Abschlusse des Kaufvertrages auf den Käufer über.

[2]) Ebenso im Wesentlichen gemeines Recht (Windscheid § 621 Note 11); sächs. G. B. §§ 2376, 2380; hess. Entw. Art. 41, bayr. Entw. Art. 346, dresd. Entw. Art. 445, Erbrechtsentw. von Mommsen §§ 330, 334 (Motive hierzu S. 357); vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 483, 480, 481.

nicht bekannt waren, Gewähr zu leisten. Insoweit kann also der Käufer ihm gegenüber für diese Verbindlichkeiten nicht haftbar sein. Seine Verpflichtung gegenüber dem Verkäufer beschränkt sich vielmehr auf die ihm bei Schließung des Kaufes bekannten Pflichttheilsansprüche, Vermächtnisse und Auflagen; in dieser Beschränkung entspricht die Verpflichtung dem Prinzipe wie der Intention der Parteien. Auch die Verbindlichkeiten aus der Erbengemeinschaft, besonders die Ausgleichungsverbindlichkeit gegenüber Miterben (§§ 2151 ff., 2157 ff.) hat der Käufer zu tragen[1]). Sie gehören, wenn nicht zu den Nachlaßverbindlichkeiten, so doch jedenfalls zu den Lasten der Erbschaft, und zwar haftet der Käufer dem Verkäufer diesfalls ohne Rücksicht auf seine Kenntniß dieser Verbindlichkeiten, da der Verkäufer wegen derselben keine Gewähr zu leisten hat (§ 492). Wegen der Kosten des Erwerbes der Erbschaft (sächs. G. B. § 2376) schweigt der Entwurf, weil sich diesfalls keine allgemeine Bestimmung treffen läßt.

Die in § 495 dem Käufer gegenüber dem Verkäufer auferlegte Verpflichtung basirt auf der Unterstellung einer Erfüllungsübernahme (§ 318 Abs. 1). Die Annahme einer Schuldübernahme würde der Sachlage und regelmäßigen Parteiintention nicht entsprechen. Die Exnexuation des Verkäufers zu bewirken, ist hiernach der Käufer nicht verpflichtet; er haftet dem Verkäufer nur dafür, daß dieser nicht in Anspruch genommen wird. Diese Verpflichtung des Käufers ist an sich unabhängig davon, daß der Nachlaß zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten, Lasten und Abgaben ausreicht. Sie erstreckt sich aber auch auf die Zeit vor dem Kaufabschlusse. Soweit der Verkäufer vor oder nach dem Kaufabschlusse eine gemäß § 495 dem Käufer zur Last fallende Verbindlichkeit erfüllt hat, ist ihm der Käufer zur Ersatzleistung verpflichtet (Satz 4). Die Bestimmung des preuß. A. L. R. (I, 11 §§ 480, 481), daß der Verkäufer dafür, was er vor Schließung des Kaufvertrages auf Bezahlung von Schulden des Erblassers und von Legaten verwendet habe, nur im Falle eines ausdrücklichen Vorbehaltes Vergütung fordern dürfe, ist gegenüber dem Prinzipe (§ 488 Abs. 1, vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 456) inkonsequent und wäre nur von der Unterstellung aus zu rechtfertiigen, daß in der Regel der Kaufpreis mit Rücksicht auf den Betrag des vom Verkäufer zur Bezahlnng von Schulden und Vermächtnissen bereits Verwendeten bemessen wird. Hiervon darf das Gesetz jedoch für die Regel nicht ausgehen.

Prinzip der Erfüllungsübernahme.

§ 496.

Der § 496 spricht dem Verkäufer gegenüber dem Käufer den (nöthigenfalls mit Klage zu verfolgenden) Anspruch auf Ersatz der von ihm *vor Schließung des Kaufes* auf die Erbschaft oder erbschaftliche Gegenstände gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen zu, also ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Käufers oder auf die Fortdauer der durch die Verwendungen erzielten Wertherhöhung. Diese Ausdehnung des

7. Verwendungen des Verkäufers.

---

[1]) Sächs. G. B. § 2360 (Siebenhaar II S. 367).

Anspruches des Verkäufers[1]) ist durch den Umfang der ihm gemäß § 491 obliegenden Verpflichtungen geboten. Eine Erstreckung des Anspruches über die nothwendigen und nützlichen Verwendungen hinaus könnte dagegen große Unbilligkeiten für den Käufer ergeben, welcher dadurch genöthigt würde, eine Verwendung zu vergüten, durch welche weder eine Werthverringerung abgewendet, noch eine objektive Werthherhöhung herbeigeführt wäre. Gegen die Vorschrift des preuß. A. L. R. (a. a. O. § 481), wonach der Verkäufer wegen der vor dem Kaufabschlusse gemachten Verwendungen nur im Falle eines ausdrücklichen Vorbehaltes Vergütung fordern darf, ist auf das zu § 495 (bezüglich des Anspruches auf Ersatz des auf Schulden und Vermächtnisse Verwendeten) Bemerkte zu verweisen.

Der Anspruch des Verkäufers auf die von ihm nach der Schließung des Kaufes gemachten Verwendungen ist nach §§ 464, 494 zu beurtheilen.

§§ 497, 498.

6. Rechte der Nachlaßgläubiger ꝛc.: a) gegen den Verkäufer, Wegen der in § 495 bezeichneten Ansprüche wird durch den Abschluß des Erbschaftskaufes und die Uebertragung der Erbschaft auf den Käufer in den Rechten der Nachlaßgläubiger und sonstigen dritten Berechtigten gegenüber dem Verkäufer an sich nichts geändert. Er bleibt denselben nach wie vor verhaftet. Der Entwurf gewährt aber diesen Gläubigern und sonstigen Berechtigten im Anschlusse an die moderne Rechtsentwickelung[2]) die rechtliche Befugniß, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers ihre Rechte

b) gegen den Käufer. unmittelbar gegen den Käufer geltend zu machen (§§ 321 ff.). Diese Haftung wird begründet und beginnt mit dem Abschlusse des Erbschaftskaufes, und ist an sich nicht beschränkt auf den Werth der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände. Eine derartige Beschränkung harmonirte zwar mit der gemäß § 319 im Falle der vertragsmäßigen Uebernahme eines Vermögens eintretenden beschränkten Haftung des Uebernehmers. Allein erfahrungsgemäß ist gerade in den Fällen des Erbschaftskaufes dafür zu sorgen, daß derselbe nicht eine Verkümmerung der Rechte der Nachlaßgläubiger zur Folge hat, und sieht auch das geltende Recht, soweit es die unmittelbare Haftung des Erbschaftskäufers anerkennt[3]), von der betreffenden Beschränkung ab. Jede auf ein gewisses Quantum beschränkte Haftung gegenüber einer größeren oder geringeren Zahl von Berechtigten ist an sich wegen der damit nothwendig verbundenen Ver-

---

[1]) Ebenso hess. Entw. Art. 41, bayr. Entw. Art. 346, dresd. Entw. Art. 445 Abs. 1; anscheinend weiter sächs. G. B. § 2376; Entw. von Mommsen § 330. Vergl. § 936.

[2]) Windscheid § 621 Note 4, Eccius I § 102 S. 686 f., § 277, Unger VI § 49 Note 16; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 463—467, 454; österr. G. B. § 1282; code civil Art. 1166, Zachariä II § 502 Anm. 34; sächs. G. B. § 2380 (§§ 1402, 1405); dresd. Entw. Art. 445, 447 (Art. 206, 208); Entw. von Mommsen § 334; vergl. hess. Entw. Art. 49, bayr. Entw. Art. 350.

[3]) Z. B. das preuß. Recht, Eccius I § 277 Anm. 71; österr. G. B. a. a. O.; vergl. Mommsen'scher Entw a. a. O.

wickelungen und Weiterungen, wo die Beschränkung nicht durch besondere Gründe geboten ist, zu vermeiden. Abgesehen hiervon statuirt der Entwurf hier, wie im Falle des § 319, eine Art von Rechtswegen eintretender, mit dem Abschlusse des obligatorischen Vertrages wirksam werdender Universalsukzession des Käufers in die Passiva der Erbschaft. Die Haftung des Käufers ist jedoch insofern gegenüber derjenigen des Uebernehmers eines Vermögens gemäß § 319 eine strengere, als er sich nicht, wie dieser, auf die zwischen dem Kaufabschlusse und der Uebertragung zufällig stattgehabten Abgänge an den Erbschaftsgegenständen berufen darf. Bezüglich der Haftung des Käufers gegenüber den Nachlaßgläubigern muß auch selbstverständlich dem Umstande, daß die Nachlaßverbindlichkeiten dem Käufer unbekannt waren, allgemein jeder Einfluß abgesprochen werden; dies gilt insbesondere von Pflichttheilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen (§ 495).

Die Vorschrift des § 497 Satz 1 muß zum Schutze der Dritten nothwendig eine absolute sein: die Haftung des Käufers gegenüber den Dritten kann durch Vereinbarung zwischen jenem und dem Verkäufer nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden; trotz solcher Vereinbarung haftet der Käufer den Dritten unmittelbar und unbeschränkt (§ 497 Satz 2; vergl. § 319 Abs. 2).

Inventarrecht a) des Käufers;

Die Sicherung des Erbschaftskäufers gegen eine zu weit gehende Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern kann zweckmäßig nur in der Benutzung des Inventarrechtes des Erben für den Erbschaftskäufer gefunden werden. In Ansehung der Bedeutung des Inventarrechtes ist auf die §§ 2092 ff. zu verweisen. Insoweit zur Zeit des Erbschaftskaufes das Inventarrecht des Verkäufers allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber verloren war, kann auch die hieraus für die betreffenden Gläubiger gewonnene Rechtslage diesen durch den Abschluß des Erbschaftskaufes nicht mehr entzogen werden; dem Käufer bleibt lediglich die Inanspruchnahme des Verkäufers aus § 492. Durch die Vorschrift des § 498 wird aber dem Erbschaftskäufer das Inventarrecht mit allen daraus fließenden Befugnissen und Wirkungen insoweit als ein selbständiges Recht beigelegt, als dasselbe dem Erben zur Zeit des Abschlusses des Erbschaftskaufes noch zustand. Die an sich zweifelhafte Frage, ob dem Erbschaftskäufer das Inventarrecht als ein selbständiges Recht oder etwa nur aus der Person des Erben und mit gewissen hieraus folgenden Beschränkungen als ein abgeleitetes Recht zuzugestehen sei[1]), muß wesentlich aus praktischen Gründen, insbesondere im Hinblicke auf die aus dem Inventarrechte fließenden Befugnisse, im Sinne der ersteren Alternative entschieden werden. Von den Ausflüssen des Inventarrechtes (Nachlaßkonkurs, Gläubigeraufgebot, Abzugseinrede) steht im Vordergrunde der Nachlaßkonkurs (§§ 2109 ff.). Es kommt wesentlich darauf an, ob der Nachlaßkonkurs noch von dem Erben oder von dem Käufer, bezw. gegen den Erben oder den Käufer eröffnet werden kann. Selbstverständlich kann keine Rede davon sein, den Nachlaßkonkurs sowohl gegen den Erben als gegen den Käufer zuzulassen. Vorzugsweise kommen diesfalls in Betracht die Fälle, in welchen zur Zeit der Konkurseröffnung die Aktivbestandtheile der Erbschaft von dem

Nachlaßkonkurs.

---

[1]) Eccius I § 102 Anm. 14, IV § 277.

Verkäufer dem Käufer sämmtlich oder zumeist schon übertragen waren. Würde der Nachlaßkonkurs gegen den Verkäufer eröffnet, so bestände solchenfalls die Konkursmasse ausschließlich oder größtentheils aus den Ansprüchen des Verkäufers gegen den Käufer auf die Gegenleistung, bezw. soweit diese schon erfolgt wäre, aus dem Betrage derselben, ev. aus den der Konkursmasse gegen den Verkäufer nach Maßgabe des § 2112 zustehenden Ansprüchen. Dies widerspräche aber der Grundauffassung des Nachlaßkonkurses, daß derselbe nämlich über die im Nachlaß selbst befindlichen Aktiven zu eröffnen ist, seinen Gegenstand wirklich der Nachlaß bildet. Daneben drohten, falls der Nachlaßkonkurs gegen den Verkäufer eröffnet werden müßte, für die nicht seltenen Fälle schwere Verwickelungen, wenn bei dem Abschlusse des Erbschaftskaufes mit Rücksicht auf die vorhandenen Nachlaßverbindlichkeiten der reelle Kaufpreis nur niedrig bemessen wird und im Uebrigen die Gegenleistung des Käufers in der Verpflichtung, die Nachlaßverbindlichkeiten zu tilgen, besteht, so daß der Nachlaß aus dem Kaufpreise und dem Anspruche des Verkäufers auf Erfüllung jener Verpflichtung bestände. Viel einfacher und naturgemäß gestaltet sich das Verhältniß, wenn der Nachlaßkonkurs gegen den Erbschaftskäufer eröffnet wird. Die Konkursmasse besteht (§ 498 Abs. 3) aus den auf den Käufer schon übertragenen Nachlaßgegenständen und, soweit die Uebertragung noch nicht erfolgt ist, aus den Ansprüchen des Käufers auf die Uebertragung bezw. den Ersatz (§§ 489, 491). Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses gegen den Käufer ergiebt sich ferner auch als Konsequenz aus der demselben durch das Gesetz gegenüber den Nachlaßgläubigern angewiesenen Rechtsstellung, wonach er persönlicher Schuldner derselben wird (§ 497). Es wird an den Abschluß des Erbschaftskaufes eine Art von Universalsukzession des Käufers in die Nachlaßschulden geknüpft, wovon bei dem Verkaufe einzelner Erbschaftsgegenstände selbstverständlich keine Rede sein kann. Es liegt nur eine nothwendige Weiterentwickelung dieser dem Schutze der Gläubiger dienenden Vorschrift darin, wenn man den Gläubigern auch das Recht beilegt, sich im Wege des Nachlaßkonkurses an den in den Händen des Käufers befindlichen Nachlaß zu halten. Andererseits folgt aus jener gesetzlichen persönlichen Haftung des Käufers mit Nothwendigkeit, daß dieser das Recht hat, sich von der persönlichen Haftung durch den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch frei zu machen. — Dem Erben aber muß das Inventarrecht selbstverständlich gleichfalls als eigenes Recht verbleiben, weil er neben dem Käufer für die Nachlaßschulden forthaftet (§ 497), jedoch abgeschwächt durch den Wegfall des Rechtes, den Nachlaßkonkurs zu beantragen, welches Recht nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufes nur dem Käufer zusteht (§ 498 Abs. 3, 4 Satz 1). Der Erbe kann hiernach nur in seiner etwaigen Eigenschaft als Nachlaßgläubiger die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen. Abgesehen hiervon steht dem Verkäufer nur der Antrag auf das Gläubigeraufgebot und die Abzugseinrede (§§ 2120 ff., 2133 ff.) zu. — Gegen die Gewährung des selbständigen Inventarrechtes an den Käufer mit der bezeichneten Wirkung kann auch nicht mit Fug eingewendet werden, daß der Käufer für die Zeit vor dem Abschlusse des Erbschaftskaufes den Gläubigern nicht wie der Erbe gemäß § 2112 verantwortlich sei. Jedenfalls dauert die Verantwortlichkeit des Verkäufers fort und die Forthaftung genügt.

b) des Verkäufers.

Aus der Selbständigkeit des Inventarrechtes des Käufers folgt, daß die gesetzlichen Gründe des absoluten oder relativen Verlustes des Inventarrechtes (§§ 2094, 2095, 2106, 2108) in seiner Person selbständig eintreten (§ 498 Abs. 1 Satz 2), insbesondere also von jedem Nachlaßgläubiger gegen ihn die Bestimmung der Inventarfrist beantragt werden kann (§ 2096), während der nach dem Abschlusse des Kaufvertrages eintretende absolute oder relative Verlust des Inventarrechtes seitens des Verkäufers auf das Inventarrecht des Käufers ohne Einfluß ist. In zweckentsprechender Weise ist endlich bestimmt, daß die Errichtung des Inventares durch den Verkäufer oder den Käufer Beiden zu statten komme, sowie (vergl. § 1838) daß, falls das Aufgebot der Nachlaßgläubiger (§§ 2120 ff.) von dem Verkäufer oder dem Käufer beantragt worden, Antrag und Ausschließung in gleicher Art wirken, wie wenn der Antrag von Beiden gestellt wäre (§ 498 Abs. 2, 4). Nach der letzteren Vorschrift kann insbesondere jeder der Beiden das von dem anderen beantragte Aufgebotsverfahren fortsetzen.

Nach der Vorschrift des § 2150 ist das Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger materiell in der Weise geregelt, daß es nur im Wege der Eröffnung und Durchführung des Nachlaßkonkurses geltend gemacht werden kann. Hieraus erhellt mit genügender Klarheit, daß, wie nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufes die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nur gegen den Käufer möglich ist, so auch die Geltendmachung des Absonderungsrechtes nach jenem Zeitpunkte nur durch den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses gegen den Käufer erfolgen kann. Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger

§ 499.

Die Vorschrift des § 499 ist gleichfalls eine Konsequenz des in § 488 Abs. 1 ausgesprochenen Prinzipes und allgemein geltendes Recht[1]). Die in Folge des Erbfalles eingetretene Konfusion bezw. Konsolidation[2]) gilt nur im Verhältnisse zwischen den Vertragschließenden als nicht eingetreten[3]). Die unter den Parteien eintretende Wiederaufhebung der Wirkungen der Konfusion wirkt zwar rückwärts, berührt aber selbstverständlich die von Dritten erworbenen Rechte (z. B. Befreiung von Bürgen und Pfändern) nicht. Der Schlußsatz hebt die Verpflichtung zur eventuellen Wiederherstellung der durch Konsolidation erloschenen Rechte noch besonders hervor. Vereinigung ꝛc.

§ 500.

Die Veräußerung einer Erbschaft kann Gegenstand auch eines anderen Vertrages, als eines Kaufvertrages, sein (z. B. einer Schenkung, eines Tausches ꝛc.). Solchenfalls finden die Vorschriften der §§ 488—499 (bes. auch § 498) ent- Veräußerung einer Erbschaft durch andere Verträge.

---

[1]) Windscheid § 621 Note 12; preuß. A. L. R. a. a. O. § 455; sächs. G. B. § 2378; hess. Entw. Art. 42, bayr. Entw. Art. 347, dresd. Entw. Art. 446, Erbrechtsentwurf von Mommsen § 331 (Mot. S. 357); Zachariä § 359 A. 33.

[2]) Vergl. §§ 291, 835, 1016 Abs. 1, § 1193.

[3]) S. dagegen §§ 1833, 2114.

sprechende Anwendung, da die karakteristischen Wirkungen lediglich durch den Gegenstand des Vertrages bedingt werden. Im Falle eines Schenkungsvertrages bestimmt sich jedoch die Gewährleistungspflicht des Veräußerers nach den Vorschriften der §§ 443, 444; auch findet die Vorschrift des § 491, wonach der Verkäufer für die vor Schließung des Vertrages verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Gegenstände Werthersatz zu leisten hat, auf den Schenker einer Erbschaft gemäß der Intention eines solchen Schenkungsvertrages, keine Anwendung. In Ansehung der Form des Schenkungsvertrages über eine Erbschaft greifen die allgemeinen Vorschriften der §§ 440, 441 Platz.

Weiterveräußerung.

Der § 500 berücksichtigt auch den Fall, wenn die veräußerte Erbschaft dem Verkäufer nicht von dem Erblasser angefallen ist, sondern der Verkäufer dieselbe erst von dem Erben oder einem Dritten, welcher sie von dem Erben erwarb, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat. Auch dieser Fall bedarf der gesetzlichen Regelung. Die Rechtsbeziehungen der Kontrahenten unter sich bieten solchenfalls keine Schwierigkeiten; sie sind die gleichen, wie diejenigen zwischen dem verkaufenden Erben und dem Käufer. In Ansehung der Schuldenhaftung ist im Anschlusse an gewichtige Autoritäten und die Praxis des vorm. Reichsoberhandelsgerichtes (Entsch. XII S. 64) davon auszugehen, daß, wie der Erbe, so auch der weitere Veräußerer den Nachlaßgläubigern nach Maßgabe der §§ 497, 498 verhaftet bleibe. Die Konsequenz verlangt aber weiter, daß auch der fernere Erwerber nach Maßgabe jener Vorschriften den Nachlaßgläubigern verhaftet werde. Es finden also die Vorschriften über den Erbschaftskauf überhaupt entsprechende Anwendung.

§ 501.

Veräußerung des Bruchtheiles einer Erbschaft.

In Uebereinstimmung mit der Behandlung ähnlicher Fälle[1]) ist zur Vermeidung jedes Zweifels hervorgehoben, daß die Vorschriften der §§ 488—500 entsprechende Anwendung finden, wenn nur ein Bruchtheil einer angefallenen Erbschaft Gegenstand eines Kaufes oder eines anderen Veräußerungsvertrages (§ 500) ist.

V. Tausch.

§ 502.

Unterschied vom Kaufe.

Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß er nicht auf Leistung eines individuellen Werthes gegen Bezahlung eines (Kauf-) Preises, sondern auf den Umsatz eines individuellen Werthes gegen einen anderen individuellen Werth gerichtet ist.

Wirksamkeit.

Im Gegensatze zum röm. Rechte, welches den Tausch als Innominatkontrakt auffaßte[2]), ist heutzutage in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis

---

[1]) Vergl. § 313 Abs. 2, § 319 Abs. 3, §§ 349, 350.

[2]) Windscheid §§ 398, 321 Note 11; vergl. württemb. L. R. von 1610 II Tit. 21 (württemb. Arch. III S. 387).

wie in der Gesetzgebung nahezu ausnahmslos die Auffassung durchgedrungen, daß der Tauschvertrag, als Konsensualvertrag, mit seinem Abschlusse sofort die gegenseitigen Vertragsverpflichtungen, also auch die Klage auf Erfüllung erzeugt, wonach das Rückforderungsrecht (ex mera poenitentia) des Kontrahenten, welcher seinerseits geleistet hat, ausgeschlossen ist[1]).

Als Gegenstände des Tauschvertrages werden in der Gesetzgebung theilweise nur Sachen genannt[2]). Man ist aber allerseits einverstanden, daß auch andere Vermögensgegenstände, insbesondere Rechte an Sachen und Forderungen unter sich oder gegen Sachen ausgetauscht werden können. Es ist nicht erforderlich und wäre vielleicht bedenklich, die möglichen Tauschgegenstände im Gesetze zu bezeichnen. Der Entwurf spricht sich, wie das schweiz. Bd. Ges. Art. 272, darüber nicht aus. Die Verweisung auf die Vorschriften über den Kaufvertrag wird, wenn im Einzelfalle über die Natur des Vertrages Zweifel bestehen kann, auch in dieser Richtung für die Entscheidung die Richtschnur abgeben. Ohnehin wird es hierbei vielfach auf die Intention der Vertragschließenden ankommen. Insbesondere besteht kein Bedürfniß zu besonderen Bestimmungen darüber, ob und inwiefern Geld, Geldstücke, Gegenstand eines Tauschvertrages sein können. Gegenstand des Vertrages.

Einverständniß herrscht, daß, von Einzelheiten abgesehen, auf den Tauschvertrag die Vorschriften über den Kaufvertrag in dem Sinne entsprechende Anwendung finden, daß jeder der Vertragschließenden in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Verkäufer, in Ansehung der ihm versprochenen Leistung gleich einem Käufer zu beurtheilen sei. Im Anschlusse an eine ältere gemeinrechtliche Praxis wird aber noch zum Theil in der modernen Gesetzgebung demjenigen Kontrahenten, welchem der im Tausch empfangene Gegenstand entwehrt worden ist, die Wahl zwischen der Klage auf Schadensersatz oder auf Rückforderung des hingegebenen Gegenstandes (neben gewissen Ersatzansprüchen) gegeben[3]). Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit diesen Bestimmungen Reminiszenzen oder Konzessionen an die Theorie der Innominatkontrakte zu Grunde liegen. Durch das Wesen und den Zweck des Tausches läßt sich diese Besonderheit nicht rechtfertigen. Der Kontrahent beim Tausche will, wie auch der Käufer (für sein Geld), den ihm gebührenden Gegenstand, das Recht an demselben, sofort selbst, nicht die Entschädigung in Geld anstatt desselben. Nach dem Entwurfe (§§ 370, 459, 298) ist auch der Verkäufer durch den Kaufvertrag sofort zur Verschaffung des Rechtes verpflichtet, wie dies für jeden Kontrahenten beim Tausche gilt. Wenn Anwendung der Vorschriften über Kauf.

---

[1]) Windscheid § 398, Wächter, Pand. II § 108; preuß. A. L. R. I, 11 § 363, Eccius II § 123; österr. G. B. 1045, 1047; code civil Art. 1702, 1703; sächs. G. B. § 1138; schweiz. Bd. Ges. Art. 272; hess. Entw. Art. 88, 93, bayr. Entw. Art. 390, 391, dresd. Entw. Art. 496.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 363, 373 f.; österr. G. B. §§ 1045, 1086; code civil Art. 1702; siehe dagegen sächs. G. B. § 1138, hess. Entw. Art. 88, 89, bayr. Entw. Art. 390, dresd. Entw. Art. 496.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 367, 368; code civil Art. 1705; schweiz. Bd. Ges. Art. 273; hess. Entw. Art. 92, bayr. Entw. Art. 392.

der Entwurf diese Verpflichtung in Ansehung der Gewährleistung des veräußerten Rechtes modifizirt hat, so treffen die hierfür maßgebenden Gründe praktischer Zweckmäßigkeit und Billigkeit auch beim Tausche zu. Es finden also die Vorschriften der §§ 370 ff. ohne Modifikation entsprechende Anwendung[1]); insbesondere genügt das in § 377 Abs. 2 eingeräumte Rücktrittsrecht auch beim Tausche vollständig. Auch in Ansehung der Mängelgewährpflicht[2]) finden die allgemeinen Vorschriften (§§ 381 ff.) Anwendung.

Hiernach beschränkt sich der Entwurf, in Uebereinstimmung mit dem sächs. G. B. § 1138 und dem dresd. Entw. Art. 496, auf die in § 502 zum Ausdrucke gekommene Bestimmung. Aus der Stellung derselben ergiebt sich, daß sämmtliche Bestimmungen über den Kaufvertrag, nicht blos diejenigen in §§ 459—466, für entsprechend anwendbar erklärt sind.

Fünfter Titel.

Miethe und Pacht.

Terminologie. Während das röm. Recht unter dem Ausdrucke „locatio conductio rei" alle Arten der Sachmiethe zusammenfaßte, wird in den neueren Gesetzgebungen allgemein, wenngleich zum Theil unter verschiedenen Bezeichnungen und in verschiedener Weise, zwischen Miethe und Pacht unterschieden. Auch der Entwurf (§§ 503, 531) konnte eine solche nicht blos sprachliche, sondern juristische Unterscheidung nicht entbehren, da die Pacht, insbesondere die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke, in verschiedenen Richtungen eine besondere Regelung erheischt.

Anordnung des Titels. In Betreff der Anordnung der auf die Miethe und Pacht sich beziehenden Bestimmungen haben die neueren Gesetzgebungen verschiedene Wege eingeschlagen. Der Entwurf schließt sich in dieser Beziehung der von dem bayr. Entw., dem dresd. Entw. und dem schweiz. Bd. Ges. befolgten Methode an, indem er zunächst den Miethvertrag vollständig und ohne Ausscheidung der diesem Vertrage und dem Pachtvertrage gemeinschaftlichen Bestimmungen regelt und alsdann in einem besonderen Unterabschnitte die die Pacht betreffenden Bestimmungen folgen läßt. Durch diese Art der Anordnung gewinnt das Gesetzbuch an Uebersichtlichkeit und Einfachheit und wird die praktische Handhabung desselben erleichtert.

---

[1]) Das österr. G. B., das sächs. G. B. und der dresd. Entw. bestimmen über die Eviktionspflicht nichts Besonderes. Vergl. Windscheid § 398.

[2]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 273, bayr. Entw. Art. 394, 395.

I. Miethe.

§ 503.

Der § 503 bezweckt, den karakteristischen Inhalt des Miethvertrages anzugeben. Miethvertrag.

Von dem Pachtvertrage unterscheidet sich der Miethvertrag nach dem Entwurfe zunächst dadurch, daß Gegenstand des Miethvertrages nur Sachen, d. h. nach § 778 nur körperliche Gegenstände sein können, während der Pachtvertrag auch Rechte zum Gegenstande haben kann (§§ 531, 537). Nach dem Vorgange des gemeinen Rechtes führen allerdings verschiedene Gesetzgebungen und Entwürfe auch Rechte ausdrücklich als Gegenstand des Miethvertrages an oder sprechen doch sowohl beim Miethvertrage als beim Pachtvertrage ganz allgemein von Sachen, ohne zwischen körperlichen Gegenständen und Rechten in dieser Beziehung zu unterscheiden (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 258, 259; österr. G. B. §§ 1090—1093; sächs. G. B. §§ 1187, 1188; hess. Entw. Art. 152, 153, 155). Der Entwurf hat jedoch in Uebereinstimmung mit dem bayr. Entw. Art. 404, 405, 458, dem dresd. Entw. Art. 538, 576 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 274, 296 nur eine Sachmiethe zugelassen, davon ausgehend, daß das Gesetz sich einfacher gestaltet, wenn nur eine Sachmiethe, nicht auch eine Rechtsmiethe anerkannt und der den Gebrauch eines Rechtes gewährende Vertrag als Pachtvertrag behandelt wird. 1. Gegenstand: Sachen.

Ein wichtigeres Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Miethvertrage und dem Pachtvertrage besteht darin, daß der Miethvertrag den Vermiether nur zur Gewährung des Gebrauches der vermietheten Sache verpflichtet, während der Verpächter den Gebrauch und den Fruchtgenuß des verpachteten Gegenstandes dem Pächter zu gewähren hat (§ 531). Auch die meisten neueren Gesetzgebungen und Entwürfe beschränken den Miether im Gegensatze zum Pächter auf den Gebrauch der gemietheten Sache (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 258, 259; sächs. G. B. § 1187; schweiz. Bd. Ges. Art. 274, 296; bayr. Entw. Art. 404, 458, dresd. Entw. Art. 538, 576). 2. Inhalt:

Die wesentliche Verpflichtung des Vermiethers geht dahin, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache während der Miethzeit zu gewähren. Der Ausdruck „gewähren" ist statt des in den meisten Gesetzgebungen (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 258, 259; sächs. G. B. §§ 1187, 1195; schweiz. Bd. Ges. Art. 274; hess. Entw. Art. 152, bayr. Entw. Art. 404, dresd. Entw. Art. 538) verwendeten Ausdruckes „überlassen" um deswillen gewählt worden, weil jener Ausdruck für die nicht in einem bloßen Dulden, sondern in einer positiven Thätigkeit bestehende Verpflichtung des Vermiethers bezeichnender ist. Insbesondere folgt aus der Verpflichtung zur Gewährung des Gebrauches, daß der Vermiether die vermiethete Sache dem Miether, soweit der Gebrauch es erfordert, auch zu übergeben hat (sächs. G. B. § 1195). Verschiedene Gesetzgebungen (preuß. A. L. R. I, 21 § 272; österr. G. B. § 1096; code civil Art. 1719; schweiz. Bd. Ges. Art. 276; hess. Entw. Art. 159, bayr. Entw. Art. 409, dresd. Entw. Art. 541) erwähnen die Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether die vermiethete Sache zu über- a) Verpfl. des Vermiethers: Gebrauchsgewährung

liefern oder zu übergeben, ausdrücklich. Aber die Hervorhebung dieser Verpflichtung ist einerseits überflüssig, andererseits auch insofern bedenklich, als in gewissen Fällen, z. B. bei Gestatten des Lustwandelns in einem Parke, der Benutzung eines Klavieres ohne Veränderung seines Standortes, ein Uebergeben in Wirklichkeit nicht stattfindet.

während der Miethzeit.

Die Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache zu gewähren, erstreckt sich auf die ganze Miethzeit (code civil Art. 1719; sächs. G. B. § 1196; hess. Entw. Art. 164, bayr. Entw. Art. 411, dresd. Entw. Art. 544). Um das Wesen des Miethvertrages und die Hauptverpflichtung des Vermiethers zu verdeutlichen, erwähnt der Entwurf, abweichend von den neueren Gesetzgebungswerken, die Miethzeit schon in dem § 503, welcher den wesentlichen Inhalt des Miethvertrages zu bezeichnen bezweckt. Die zeitliche Begrenzung des Miethvertrages ist demselben karakteristisch (vergl. auch § 523). Außerdem deutet die Hervorhebung der Miethzeit in § 503 darauf hin, daß die Verpflichtung des Vermiethers nicht in einer einmaligen Leistung besteht, sondern sich während der Miethzeit fort und fort erneuert.

Störung durch den Vermiether,

Aus der Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache während der Miethzeit zu gewähren, folgt namentlich, daß der Vermiether den Miether in dem vertragsmäßigen Gebrauche der vermietheten Sache nicht stören, überhaupt keine Handlungen, insbesondere keine Aenderungen an der Sache vornehmen darf, durch welche deren vertragsmäßiger Gebrauch für den Miether ausgeschlossen oder geschmälert wird. Die in einzelnen Gesetzgebungen (code civil Art. 1723; sächs. G. B. § 1197; hess. Entw. Art. 164 Abs. 2 und 3, bayr. Entw. Art. 411, 413, dresd. Entw. Art. 544, 546) sich findende ausdrückliche Hervorhebung dieser Verpflichtung ist jedoch entbehrlich, da es sich nur um eine nicht wohl anfechtbare Folgerung aus dem Prinzipe des § 503 handelt. Eine weitere Konsequenz dieses Prinzipes in Verbindung mit den allgemeinen Grundsätzen über die Folgen einer zufälligen Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen (§ 368) ist es,

durch Dritte.

daß, wenn ein Dritter unberechtigter Weise durch seine Handlung dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch ganz oder theilweise unmöglich macht, die Leistung des Vermiethers mithin ganz oder zum Theil wegen zufälliger Unmöglichkeit unterbleibt, auch der Anspruch desselben auf den Miethzins ganz oder zum Theil ausgeschlossen ist (vergl. auch § 530 verb. mit § 529). Einzelne Gesetzgebungen bestimmen das Gegentheil, indem sie davon ausgehen, daß in einem solchen Falle der Miether wegen Ersatzes des erlittenen Schadens sich an den Dritten halten möge (code civil Art. 1725; sächs. G. B. § 1197; hess. Entw. Art. 166, bayr. Entw. Art. 413, dresd. Entw. Art. 546 Abs. 2). Aber die hierin liegende Abweichung von allgemeinen Grundsätzen kann um so weniger gebilligt werden, als der Miether in vielen Fällen nicht in der Lage sein wird, von dem Dritten Schadensersatz zu erlangen, z. B. wenn derselbe zahlungsunfähig, unbekannt ist oder ihm zur Zeit der Verübung der That die Zurechnungsfähigkeit gefehlt hat. Ebensowenig kann der Miether für verpflichtet erachtet werden, im Interesse des Vermiethers die ihm gegen den Dritten in Folge der Verübung der That etwa zustehenden possessorischen Rechtsmittel (§§ 819, 820) geltend zu machen; vielmehr kann er die Geltend-

machung dieser nach § 821 auch dem Vermiether zustehenden Rechtsmittel diesem überlassen, da dieser verpflichtet ist, dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch der vermietheten Sache zu gewähren. Der Miether ist, falls ein Dritter ein Recht an der Sache geltend macht, nach dem § 519 nur verpflichtet, dem Vermiether davon unverzüglich Anzeige zu machen, widrigenfalls er dem Vermiether für den durch die Unterlassung der Anzeige entstandenen Schaden haftet; gemeint ist jedoch hier nur die Entziehung des Gebrauches als solche. Der andere Fall, daß der Miether durch das Eingreifen eines Dritten blos für seine Person an der Ausübung des Gebrauchsrechtes verhindert und danach nur aus einem in seiner Person liegenden Grunde außer Stand gesetzt ist, das Recht auszuüben, wird in § 518 behandelt.

Die im dresd. Entw. Art. 539 Abs. 1 nach dem Vorgange des bayr. Entw. Art. 405 enthaltene Bestimmung, daß Gegenstand der Miethe alle Sachen sein können, welche einen Gebrauch ohne Verbrauch zulassen, hat der vorliegende Entwurf nicht aufgenommen, weil sie als selbstverständlich zu betrachten ist. Aus demselben Grunde hat er die aus dem röm. Rechte in einzelne neuere Gesetzgebungen übergegangene Bestimmung, daß der Eigenthümer seine eigene Sache von denjenigen in Miethe nehmen kann, welchen der Gebrauch derselben zusteht (l. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. 7,4; l. 35 § 1, l. 37 D. de pign. act. 13,7; l. 28 D. de acquir. vel omitt. poss. 41,2; österr. G. B. § 1093; sächs. G. B. 1189; hess. Entw. Art. 154, bayr. Entw. Art. 407, dresd. Entw. Art. 539 Abs. 2), als entbehrlich erachtet. Andererseits ist die Aufnahme der letzteren Bestimmung insoweit, als dadurch zugleich ausgesprochen werden soll, daß der Miethvertrag ungültig ist, wenn der Miether in Unkenntniß seines Eigenthumes die eigene Sache miethet (vergl. l. 20 Cod. de loc. et cond. 4,65; l. 21 D. de usurp. 41,3; sächs. G. B. §§ 1189, 1227; hess. Entw. Art. 154, 180, dresd. Entw. Art. 539 Abs. 2, 566 Abs. 2), auch bedenklich. Ein solcher Miethvertrag ist keineswegs deshalb nichtig, weil der Vermiether zu einer objektiv unmöglichen Leistung sich verpflichtet hat; denn Gegenstand der Leistung ist die Gebrauchsgewährung, welche wegen ihrer thatsächlichen Natur auch dem Eigenthümer an der eigenen Sache verschafft werden kann. Aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich die Nichtigkeit des Miethvertrages in dem unterstellten Falle nur dann ableiten, wenn man den Irrthum des Miethers nicht als einen nach § 102 auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes einflußlosen Irrthum in den Motiven, sondern als einen wesentlichen Irrthum im Sinne des § 98 ansieht. Aber auch unter dieser Voraussetzung würde die Bestimmung, daß der fragliche Miethvertrag nichtig sei, nach § 98 für den Fall nicht zutreffend sein, in welchem anzunehmen ist, daß der Miether, auch wenn er sein Eigenthum gekannt hätte, gleichwohl gemiethet haben würde, um etwa alsbald zu dem Gebrauche der Sache zu gelangen. Da die Lösung des Zweifels, ob in dem zur Erörterung stehenden Falle der Irrthum des Miethers als ein wesentlicher zu betrachten ist oder nicht, von der Anwendung der allgemeinen Vorschriften über den Einfluß des Irrthumes auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte abhängt, überdies der Fall nur ein seltener ist, so ist eine besondere Bestimmung im Gesetze nicht rathsam. Uebrigens würde, auch wenn man den in Rede stehenden Irrthum des Miethers als einen nach § 102 ein-

Miethe verbrauchbarer,

eigener Sachen.

flußlosen Irrthum in den Motiven ansieht, daraus doch keineswegs die unbeschränkte Verpflichtung des Miethers, den Miethzins zu zahlen und die gemiethete Sache zurückzugeben, folgen. Gegen den Anspruch auf Rückgabe kann er sich auf Grund seines Eigenthumsanspruches (§ 929) erfolgreich mit der Einrede vertheidigen „dolo facit, qui petit, quod redditurus est", und gegen den Anspruch auf Entrichtung des Miethzinses kann der Miether als Eigenthümer einwenden, daß er insoweit, als der Vermiether ihm nach den für die Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen (§§ 931, 932) die Nutzungen herauszugeben habe, zur Entrichtung des Zinses nicht verpflichtet sei.

b) Verpfl. des Miethers: Entrichtung des Miethzinses.

Für den Miether wird durch den Miethvertrag als Hauptverbindlichkeit die Verpflichtung begründet, dem Vermiether die vereinbarte Gegenleistung (Miethzins) zu entrichten. Während nach röm. Rechte der Vertrag nur dann Miethe ist, wenn die Gegenleistung in Geld besteht, und auch einzelne neue Gesetzgebungswerke bestimmen, theils, daß der Miethzins in Geld, theils, daß er in Geld oder in anderen vertretbaren Sachen, theils, daß er in Geld oder in anderen vertretbaren Sachen oder in Dienstleistungen bestehen müsse (hess. Entw. Art. 155 Abs. 2; sächs. G. B. § 1190; dresd. Entw. Art. 540), wird in dem Entwurfe im Anschlusse an die neuere Doktrin des gemeinen Rechtes, den bayr. Entw. Art. 404 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 274 (vergl. auch wegen des franz. Rechtes) davon ausgegangen, daß Leistungen jeder Art als Gegenleistung für den Gebrauch der Sache vereinbart werden können, ohne jedoch damit die Frage entscheiden zu wollen, nach welchen Rechtsnormen im einzelnen Falle der Vertrag zu beurtheilen ist, durch welchen für den Gebrauch einer Sache eine solche Gegenleistung übernommen ist, deren entgeltliche Uebernahme — für sich betrachtet — ein anderes Geschäft darstellt. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht bei einem solchen Vertrage sowohl die für den Miethvertrag als auch die für das andere Geschäft, z. B. Werkvertrag, geltenden Rechtsnormen nebeneinander anwendbar werden. Neben der Verpflichtung des Miethers, dem Vermiether die vereinbarte Gegenleistung zu entrichten, ist in § 503 der Verpflichtung des Miethers, die vermiethete Sache nach Ablauf der Miethzeit zurückzugeben (§ 520), keine Erwähnung geschehen. Es beruht dies auf denselben Gründen, aus welchen es vermieden worden ist, in § 503 die Verpflichtung des Vermiethers, dem Miether die vermiethete Sache zu übergeben, hervorzuheben.

3. Form.

Daß der Miethvertrag formfrei ist, ergiebt sich, in Ermangelung einer besonderen entgegenstehenden Bestimmung, aus § 91 Abs. 1. Ein Bedürfniß, von dem dem Entwurfe zu Grunde liegenden Prinzipe der Formlosigkeit der Verträge für den Miethvertrag unter gewissen Voraussetzungen (vergl. z. B. bayr. Entw. Art. 408 Abs. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 275) eine Ausnahme zu machen, kann nicht anerkannt werden.

§ 504.

Ueberlassung im vertragsm. Zustande.

Die Bestimmung des § 504 entspricht den bestehenden Rechten (l. 15 § 1, l. 19 § 2 D. loc. 19, 2; preuß. A. L. R. I, 21 §§ 272, 274, 291; code civil Art. 1719, 1720; sächs. G. B. §§ 1195, 1199; hess. Entw. Art. 159, 167, bayr.

Entw. Art. 409, 414, dresd. Entw. Art. 541, 554; schweiz. Bd. Ges. Art. 276). Obwohl die Bestimmung nur eine Konsequenz der in § 503 ausgesprochenen Verpflichtung des Vermiethers ist, dem Miether den Gebrauch der vermietheten Sache während der Miethzeit zu gewähren, so ist sie doch aufgenommen, um angesichts der in den §§ 505, 506 nachfolgenden Bestimmungen klarzustellen, daß, wenn der Vermiether dem Miether die Sache nicht in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande überläßt oder während der Miethzeit nicht in diesem Zustande erhält, der Miether, außer den in den §§ 505, 506, 529 besonders hervorgehobenen Rechten, nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze auf Grund des Miethvertrages gegen den Vermiether auch einen Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Herstellung eines zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustandes, bezw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat.

Im Anschlusse an die Bestimmung, daß der Vermiether verpflichtet ist, die vermiethete Sache während der ganzen Miethzeit in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu erhalten, haben verschiedene Gesetzgebungen noch die weitere ausdrückliche Vorschrift aufgenommen, daß der Vermiether alle Ausbesserungen, welche zu jenem Zwecke während der Miethe nöthig werden, auf seine Kosten zu übernehmen habe, soweit nicht der Miethvertrag, Ortsgebrauch oder Gesetz diese Verpflichtung dem Miether auferlegen (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 291; code civil Art. 1720, 1754—1756; sächs. G. B. § 1200; hess. Entw. Art. 167, bayr. Entw. Art. 414, 415, dresd. Entw. Art. 554). Die Aufnahme einer solchen Bestimmung ist als entbehrlich erachtet, da sie nach § 505 nur Selbstverständliches enthält.

§§ 505, 506, 507.

Die §§ 505, 506, 507 ordnen, vorbehaltlich des in § 529 geregelten Rücktrittsrechtes des Miethers, die Gewährleistungspflicht des Vermiethers wegen Mängel der vermietheten Sache. In Gemäßheit der Natur des Miethvertrages und in Konsequenz der Bestimmungen der §§ 503, 504 erstreckt sich diese Gewährleistungspflicht auf die ganze Dauer der Miethzeit; sie ist nach dem Entwurfe begründet wegen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft und wegen solcher Mängel, welche die Tauglichkeit der Sache zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern. Eine Anlehnung an die Bestimmung des § 381, welche bei Veräußerungsverträgen dem Veräußerer die Verpflichtung auferlegt, auch für solche Mängel einzustehen, welche die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauche aufheben oder mindern, kann als angemessen nicht erachtet werden. Bei Veräußerungsverträgen ist jene Bestimmung deshalb am Platze, weil regelmäßig jeder Erwerber auf eine solche Tauglichkeit rechnet und rechnen darf. Dagegen ist es bei dem Miethvertrage die Regel, daß die Sache dem Miether nur zu einem bestimmten, aus dem Vertrage ersichtlichen Gebrauche überlassen wird. Es verdient daher den Vorzug, allein auf den vertragsmäßigen Gebrauch den Nachdruck zu legen. Ist das vollständige Gebrauchsrecht zugestanden, so erscheint dies als das vertragsmäßige Gebrauchsrecht, folglich die Hervorhebung des vertragsmäßigen Gebrauches auch für diesen

Gewährl. wegen Mängel;

a) Vertragsm. Gebrauch,

Fall zutreffend und richtig. Indem der Entwurf die Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche betont, befindet er sich im Einklange mit dem gemeinen Rechte, nach welchem die besonderen Bestimmungen des ädilitischen Ediktes auf die Miethe keine Anwendung finden, ferner mit dem sächs. G. B. § 1196, dem hess. Entw. Art. 162, dem dresd. Entw. Art. 545 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 277. Auf demselben Boden steht auch der code civil Art. 1721. Ob nach preuß. Rechte neben den besonderen für die Miethe gegebenen Bestimmungen (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 272, 273, 383) auf die Miethe auch die allgemeinen Vorschriften über die Gewährleistungspflicht bei lästigen Verträgen, insbesondere die Vorschriften im § 319 I, 5 des preuß. A. L. R. über die Gewährleistung wegen ausdrücklich bedungener oder vorauszusetzender Eigenschaften, anwendbar sind, mithin die Brauchbarkeit der vermietheten Sache von dem Vermiether nach Maßgabe dieser Vorschriften vertreten werden muß, ist bestritten; doch wird die Frage von der preuß. Praxis bejaht (Urtheil d. R. G. bei Gruchot XXVI S. 905 ff.).

b) zugesicherte Eigenschaften.

In den meisten neueren Gesetzgebungswerken wird bei den Bestimmungen über die Gewährleistungspflicht des Vermiethers des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft nicht besonders gedacht. Im Anschlusse an den bayr. Entw. Art. 410 und an die in § 381 Abs. 1 für Veräußerungsverträge gegebene Vorschrift ist jedoch die besondere Erwähnung einmal der Deutlichkeit halber, sodann auch zur Beseitigung des Mißverständnisses für nöthig gehalten, als habe der Vermiether für den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft, sofern derselbe den vertragsmäßigen Gebrauch nicht beeinträchtige, in keiner Weise einzustehen, so daß auch der Erfüllungsanspruch wegfalle. Die besondere Bestimmung in § 505 Abs. 2, daß, wenn der Vermiether eines Grundstückes eine bestimmte Größe desselben zugesichert hat, diese Zusicherung als Zusicherung einer Eigenschaft gilt (vergl. code civil Art. 1765; hess. Entw. Art. 161, dresd. Entw. Art. 543), entspricht der in § 388 für Veräußerungsverträge gegebenen Vorschrift.

Erheblichkeit des Mangels.

Abweichend von einer nach gemeinem Rechte vielfach vertretenen Auffassung, von dem dresd. Entw. Art. 545 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 277, aber in Uebereinstimmung mit dem preuß. A. L. R. I, 21 §§ 272, 273, dem code civil Art. 1721, dem sächs. G. B. §§ 1196, 1198, dem hess. Entw. Art. 162 und dem bayr. Entw. Art. 410 unterscheidet der vorliegende Entwurf, vorbehaltlich der für das Rücktrittsrecht des Miethers in § 529 gegebenen besonderen Bestimmung, bei der Gewährleistungspflicht im Vermiethungsfalle nicht zwischen erheblichen und nicht erheblichen Mängeln. Wenn der § 381 für den Veräußerungsfall vorschreibt, daß eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit nicht in Betracht komme, so bezieht sich diese Bestimmung nicht auf den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft. Da der Entwurf aus den weiter unten angegebenen Gründen davon ausgeht, daß jeder von dem Vermiether — im Gegensatze zu dem Veräußerer — zu vertretende Mangel als Mangel einer zugesicherten Eigenschaft zu beurtheilen ist, so würde es inkonsequent sein, die Vertretungspflicht des Vermiethers wegen nicht erheblicher Mängel irgend zu erleichtern. Als allgemeines und durchgreifendes Prinzip würde die Vorschrift, daß bei der Miethe nur für nicht unerhebliche

Mängel eingestanden werde, sich auch als unhaltbar erweisen, namentlich in den Fällen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft und im Hinblicke auf den dem Miether nach allgemeinen Grundsätzen auch bei nicht erheblichen Mängeln zustehenden Anspruch auf Erfüllung (auf Beseitigung des Mangels), folglich auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Da dieser Anspruch, welcher dem Miether jedenfalls verbleiben müßte, oft zum Rücktrittsrechte oder zur Miethzinsminderung führen, mitunter den Vermiether noch weit empfindlicher treffen kann (vergl. § 368 Abs. 1, § 369), so liegt um so weniger ein Grund vor, die nicht erheblichen Mängel besonders auszuzeichnen.

Anlangend die Tragweite und den Umfang der Gewährleistungspflicht, so würden, da nach § 504 der Vermiether aus dem Vertrage verpflichtet ist, dem Miether die Sache in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und in diesem Zustande dieselbe während der ganzen Miethzeit zu erhalten, in Ermangelung besonderer Bestimmungen die Rechte des Miethers auf Befreiung von der Entrichtung des Miethzinses oder auf Minderung desselben, auf Rücktritt von dem Vertrage und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die anfängliche bezw. die nachfolgende unverschuldete oder verschuldete Unmöglichkeit der Leistung, sowie über die Leistungspflicht und die Folgen der Nichterfüllung bestimmen. Da diese allgemeinen Grundsätze im Wesentlichen zu demselben Resultate führen, wie die Bestimmungen des § 505, so scheint es nahe zu liegen, den Inhalt der Gewährleistungspflicht des Vermiethers in der Art zu regeln, daß nur die Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen hervorgehoben werden, welche durch die Natur des Miethvertrages und das praktische Bedürfniß geboten erscheinen; allein eine solche Regelung würde das Verständniß des Gesetzes und dessen Anwendung erschweren. Sachgemäßer ist es, mit der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 272, 273, 383—385; sächs. G. B. §§ 1196, 1198, 1221; schweiz. Bd. Ges. Art. 277; hess. Entw. Art. 162, bayr. Entw. Art. 410, dresd. Entw. Art. 545) und ähnlich, wie bei der Normirung der Gewährleistungspflicht in Veräußerungsfällen (§§ 383, 385), klar und bestimmt vorzuschreiben, unter welchen Voraussetzungen der Miether zum Rücktritte und zur Minderung berechtigt sei, wie diese Rechte sich gestalten und inwiefern außerdem ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestehe. Inhalt des Gewährl.-Anspruches:

Abgesehen von dem in § 529 besonders geregelten Rücktrittsrechte, verleiht der Entwurf nach Analogie des in Fällen der Sachveräußerung dem Erwerber zustehenden Minderungsrechtes (§§ 383, 392) dem Miether für die Zeit, während welcher durch den Mangel der vermietheten Sache ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufgehoben oder gemindert ist, im Falle der Aufhebung das Recht auf Befreiung von der Entrichtung des Miethzinses, im Falle der Minderung das Recht auf verhältnißmäßige Herabsetzung desselben (§ 505 Abs. 1). Ein solches Minderungsrecht entspricht auch dem geltenden Rechte (vergl. l. 9 § 1, l. 19 § 6, l. 30 pr. D. loc. 19, 2; Seuffert XL Nr. 286; preuß. A. L. R. I, 21 § 384; sächs. G. B. § 1198; schweiz. Bd. Ges. Art. 277; hess. Entw. Art. 162, bayr. Entw. Art. 410, dresd. Entw. Art. 545). a) Rücktrittsrecht, b) Wegfall 2c. des Miethzinses,

daß, wenn der Miethzins vorausbezahlt worden war, der Miether insoweit, als er zur Minderung berechtigt ist, denselben nach Maßgabe der Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern kann (l. 9 § 4, l. 19 § 6 D. loc. 19, 2; sächs. G. B. § 1198; dresd. Entw. Art. 545), brauchte im Hinblicke auf die §§ 368 Abs. 1, 742—744 nicht besonders bestimmt zu worden. Abweichend von dem in Veräußerungsfällen dem Erwerber gewährten Minderungsrechte (§§ 383, 384 Abs. 2), aber in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen (§ 368 Abs. 2) ist jedoch dem Rechte des Miethers auf Minderung nicht die Eigenschaft eines Anspruches im Sinne des § 154 beigelegt worden. Die Beilegung einer solchen Eigenschaft in den Fällen der Sachveräußerung ist lediglich deshalb für nöthig erachtet, weil für die Verjährungsbestimmung des § 397 eine geeignete Grundlage zu gewinnen war. Für das Minderungsrecht des Miethers fällt dieser Grund weg, da in dem Entwurfe für die Miethe eine dem § 397 entsprechende Bestimmung aus den weiter unten angegebenen Gründen nicht aufgenommen ist.

c) Schadensersatzanspruch des Miethers. Außer dem Rechte auf Minderung hat der Miether nach dem § 506 gegen den Vermiether wegen eines jeden von demselben zu vertretenden Mangels der vermietheten Sache, sei es wegen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft oder eines Mangels anderer Art, Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages und zwar für den Fall, daß der Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden ist, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vermiethers, dagegen für den Fall, daß der Mangel erst nach dem Vertragsabschlusse eintritt, nur insofern, als der Vermiether den Mangel verschuldet hat oder die Beseitigung desselben verzögert. Die Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen und Entwürfe hat freilich eine Verpflichtung des Vermiethers zum Schadensersatze wegen Mängel der vermietheten Sache nur in beschränktem Maße anerkannt, indem sie dieselbe für den Fall, daß die Mängel bereits zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden waren, ebenfalls von einem Verschulden des Vermiethers (preuß. A. L. R. I, 21 § 273 verb. mit I, 5 § 360; sächs. G. B. § 1198; schweiz. Bd. Ges. Art. 277), zum Theil sogar davon abhängig machen, daß der Vermiether die Mängel arglistig verschwiegen hat (hess. Entw. Art. 162, bayr. Entw. Art. 410, dresd. Entw. Art. 545). Dagegen bestimmt der code civil Art. 1721 ganz allgemein, daß der Vermiether den Schaden, welcher aus den von ihm zu vertretenden Fehlern und Mängeln dem Miether erwächst, zu ersetzen hat. Ob und inwieweit nach gemeinem Rechte (vergl. l. 19 § 1 D. loc. 19, 2; Seuffert XL Nr. 286) der Vermiether wegen der zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits vorhandenen Mängel, abgesehen von dem Falle, in welchem er dieselben arglistig verschwiegen hat, dem Miether zum Schadensersatze verpflichtet ist, ist bestritten. Während die Einen jede Fahrlässigkeit, Andere wenigstens die grobe Fahrlässigkeit der Arglist gleichstellen, giebt eine dritte Ansicht dem Miether, abgesehen von dem Falle der Arglist, einen Anspruch auf Schadensersatz nur unter der Voraussetzung, daß der Vermiether die Abwesenheit des Mangels ausdrücklich oder stillschweigend zugesagt hat.

Vom Standpunkte des Entwurfes aus mußte jedenfalls für den Fall, daß eine von dem Vermiether zugesicherte Eigenschaft fehlt, dem Miether ohne

Rücksicht darauf, ob den Vermiether ein Verschulden trifft oder die Beseitigung des Mangels objektiv unmöglich ist oder nicht, ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben werden. Dies folgt aus den Gründen, auf welchen die für Veräußerungsfälle gegebene Bestimmung des § 385 beruht. Es ist nicht angänglich, in der fraglichen Beziehung die Miethe anders zu beurtheilen, als die Sachveräußerung. Als Mangel einer zugesicherten Eigenschaft ist aber nach der Auffassung des Entwurfes jeder von dem Vermiether zu vertretende Mangel zu behandeln. Die Unterstellung, daß der Vermiether eine dem vertragsmäßigen Gebrauche des Miethers bedingende Tauglichkeit der Miethsache nicht blos versprochen, sondern zugleich stillschweigend garantirt hat, liegt in Rücksicht auf das Wesen des Miethvertrages sehr nahe. Ohnehin führt die Anwendung des § 504 in allen denjenigen Fällen, in welchen die Beseitigung des Mangels objektiv möglich ist, zu demselben Resultate; denn der Miether hat mit dem Anspruche auf Erfüllung auch den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Nur für diejenigen seltenen, eine besondere Berücksichtigung nicht verdienenden Fälle, in denen die Beseitigung des Mangels objektiv unmöglich ist, bringt die Annahme eines stillschweigenden Garantieversprechens eine über die allgemeinen Grundsätze hinausgehende Haftung des Vermiethers wegen Schadensersatzes mit sich.

Der Anspruch auf Schadensersatz unterliegt übrigens, soweit nach dem Vertragsschlusse eine von dem Vermiether nicht zu vertretende Unmöglichkeit eingetreten ist, den allgemeinen Folgen der in § 237 bestimmten Befreiung des Schuldners. Er ist, falls der Mangel erst nach dem Vertragsschlusse eintritt, nur begründet, wenn der Mangel in Folge eines von dem Vermiether zu vertretenden Umstandes eingetreten ist oder die Beseitigung von dem Vermiether verzögert wird (§ 506). Es folgt dies daraus, daß das zu unterstellende Garantieversprechen des Vermiethers sich nicht auch auf die nach dem Vertragsschlusse eintretenden Mängel erstreckt, sondern insoweit nur eine gewöhnliche Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 504 besteht.

Die Vorschriften der §§ 382, 386 über den Ausschluß der Gewährleistungspflicht des Veräußerers durch die Kenntniß oder verschuldete Unkenntniß des Mangels auf Seiten des Erwerbers sollen nach § 507 bei dem Miethvertrage wegen Gleichheit der Sach- und Rechtslage entsprechend angewendet werden. Auf demselben Boden stehen der hess. Entw. Art. 162 und der bayr. Entw. Art. 410. Dagegen ist nach gemeinem Rechte und dem dresd. Entw. Art. 545 die Haftung des Vermiethers wegen eines Mangels der vermietheten Sache nur dann ausgeschlossen, wenn der Miether zur Zeit der Schließung des Vertrages den Mangel gekannt hat, nicht schon dann, wenn ihm der Mangel in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Ob nach preuß. Rechte auf Grund des § 330 A. L. R. I, 5 die Gewährleistung wie bei Veräußerungsverträgen so auch bei der Miethe nicht stattfindet, wenn der Fehler in die Augen fallend war und der Miether die Sache, ohne den Fehler ausdrücklich zu rügen, übernommen hat, ist bestritten. Die Praxis bejaht jedoch diese Frage (vergl. wegen des preuß. Rechtes Urtheil d. R. G. bei Gruchot XXVI S. 905 ff.). Kenntniß des Miethers.

Minderung. Vertragsm. Aenderung. Auch die Vorschriften des § 392 über die Berechnung der Minderung und des § 396 über die vertragsmäßige Aenderung der Gewährleistungspflicht in Veräußerungsfällen finden nach § 507 wegen Analogie der Verhältnisse entsprechende Anwendung (vergl. in Ansehung des preuß. Rechtes wegen Anwendbarkeit des § 330 I, 5 A. L. R. auf die Miethe insbesondere Urtheil d. R. G. bei Gruchot XXVI S. 905 ff.).

Verjährung. Dagegen ist davon Abstand genommen, nach Analogien des § 397 die hier fraglichen Rechte und Ansprüche des Miethers an eine kurze Verjährungs- oder Präklusivfrist zu knüpfen, da ein genügendes Bedürfniß für eine solche Bestimmung nicht vorliegt. Zudem stehen, da der mangelfreie Zustand der vermietheten Sache dauernd zu gewähren ist, einer angemessenen Normirung besondere Schwierigkeiten entgegen. Aus der Annahme einer Präklusivfrist würden insbesondere mancherlei Härten und Unzuträglichkeiten für den Miether zu entstehen drohen. In Uebereinstimmung mit dem Entwurfe haben auch das gemeine Recht, das sächs. G. B., der code civil, der hess. Entw. und das schweiz. Bd. Ges. die hier fraglichen Rechte und Ansprüche des Miethers nicht an eine kurze Verjährungs- oder Präklusivfrist geknüpft. Ob nach preuß. Rechte die in den §§ 343—345 I, 5 des A. L. R. festgesetzte kurze Verjährung bei Ansprüchen wegen Mängel der Sache auch für die Miethe gelten, ist bestritten. Die preuß. Praxis bejaht diese Frage, läßt aber wegen der beständig sich erneuernden Pflicht des Vermiethers zur Gewährung des Gebrauches den Beginn der Verjährung erst mit der Beendigung der Miethe oder des Mangels eintreten, und ohnehin steht die Verjährung aus den erwähnten Gesetzesstellen zwar der Klage des Miethers entgegen, nicht aber der Erhebung einer Einrede desselben gegen die zu mindernde Forderung des Vermiethers.

§ 508.

Haftung des Vermiethers wegen juristischer Fehler der Sache Da nach den §§ 503 und 504 der Vermiether durch den Miethvertrag verpflichtet ist, dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch der vermietheten Sache während der Miethzeit zu gewähren, so folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes, daß, wenn dem Miether durch das Recht eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Theil entzogen wird, er für die Zeit dieser Entziehung von der Entrichtung des Miethzinses bezw. eines verhältnißmäßigen Theiles desselben befreit ist (§ 368 Abs. 1) und, sofern das Recht des Dritten schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bestanden hat, außerdem gegen den Vermiether — ähnlich wie bei der Sachveräußerung der Erwerber gegen den Veräußerer (§ 377) — Anspruch auf bei Abschluß, Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob den Vermiether in dieser Beziehung ein Verschulden trifft oder nicht, weil die Nichterfüllung des Miethvertrages in dem vorausgesetzten Falle auf einer ursprünglichen, blos subjektiven und deshalb vom Standpunkte des Entwurfes aus von dem Vermiether zu vertretenden Unmöglichkeit beruht (§ 240 Abs. 1, §§ 243, 348, 369; arg. § 237 Abs. 2). Ist dagegen das Recht des Dritten erst nach dem Abschlusse des Vertrages zur Entstehung gelangt, so haftet der Vermiether nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze (§ 237 Abs. 2, §§ 240, 369)

auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur dann, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, während er, wenn er schuldfrei ist, abgesehen von besonderen Bestimmungen, nur das Recht auf den vollen Miethzins oder einen verhältnißmäßigen Theil desselben verliert (§ 237 Abs. 2, § 368 Abs. 1). Hiernach führen, vorbehaltlich des im § 529 besonders geregelten Rücktrittsrechtes des Miethers, in Ansehung der sonstigen demselben wegen juristischer Fehler der Sache zustehenden Rechte schon die allgemeinen Grundsätze des Entwurfes zu demselben Resultate, wie die Bestimmung des § 508. Es könnte deshalb in Frage kommen, ob es der ausdrücklichen Aufnahme einer solchen Bestimmung überhaupt bedarf. Es ist jedoch für die Aufnahme entschieden, weil sonst in Betreff des Falles, in welchem das Recht des Dritten erst nach dem Abschlusse des Vertrages zur Entstehung gelangt ist, leicht ein Zweifel entstehen, nämlich die unberechtigte und ein schwieriges Ergebniß liefernde Auffassung sich geltend machen könnte, daß die in dem anderen Falle, in welchem das Recht des Dritten schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bestanden hat, zu unterstellende Garantieübernahme wegen der Verpflichtung des Vermiethers, den Gebrauch dauernd und während der ganzen Miethzeit zu gewähren, auch in Ansehung der erst später entstandenen Rechte Dritter angenommen werden müsse. Ist es schon aus diesem Grunde rathsam, Bestimmungen über die Rechte des Miethers aufzunehmen, so tritt hierfür noch ein anderer und wichtigerer Grund hinzu. Nach den allgemeinen Grundsätzen würde das Rücktrittsrecht des Miethers im Falle der nicht vollständigen Entziehung des Gebrauches stets ein sehr beschränktes sein (§ 369) und in diesem beschränkten Umfange dem praktischen Bedürfnisse nicht genügen. Das Rücktrittsrecht des Miethers, dessen vertragsmäßiger Gebrauch an dem Rechte eines Dritten scheitert, mußte daher unter allen Umständen besonders geregelt werden, und zwar im Einklange mit den Bestimmungen über das Rücktrittsrecht des Miethers wegen physischer Mängel der Sache (§ 529), da es sich nicht rechtfertigen lassen würde, das Rücktrittsrecht des Miethers verschieden zu gestalten, je nachdem dessen Gebrauchsrecht durch Mängel der Sache oder durch Rechte Dritter beeinträchtigt wird. Kann hiernach der Fall der Entziehung des Gebrauches der vermietheten Sache durch das Recht eines Dritten im Hinblicke auf das dem Miether zu gewährende Rücktrittsrecht im Gesetze nicht übergangen werden und mußte der Entwurf in dieser Beziehung sich den Bestimmungen über die Gewährleistung wegen physischer Mängel der vermietheten Sache nothwendig anschließen, so ist es im Interesse der Durchsichtigkeit und leichteren Handhabung des Gesetzes angemessen, in Anlehnung an jene Vorschriften ausdrückliche Bestimmungen auch über die sonstigen Rechte des Miethers wegen juristischer Fehler der Sache aufzunehmen. In dem Entwurfe ist deshalb, in sachlicher Uebereinstimmung mit den nach Obigem aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Resultaten bestimmt, daß die Vorschriften der §§ 505, 506, 507 auch auf den hier fraglichen, im § 508 behandelten Fall entsprechende Anwendung finden sollen. Es mußte jedoch in Uebereinstimmung mit § 373 daran festgehalten werden, daß der Anspruch des Miethers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur ausgeschlossen wird, wenn der Miether das Recht des Dritten bei dem Abschlusse des Vertrages

nach Abschluß des Vertrages.

Kenntniß des Miethers.

wirklich gekannt hat. Die Bestimmungen des § 508 entsprechen im Wesentlichen auch dem geltenden Rechte. Einzelne Gesetzgebungen weichen jedoch darin von dem Entwurfe ab, daß sie dem Miether auch in dem Falle, in welchem das Recht des Dritten schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden hat, einen Anspruch auf Schadensersatz nur dann geben, wenn den Miether ein Verschulden trifft (preuß. A. L. R. I, 5 §§ 318, 320, 323, 360; sächs. G. B. §§ 1196, 1198). Andere gehen noch weiter und erkennen in dem bezeichneten Falle einen Anspruch des Miethers auf Schadensersatz nur dann an, wenn der Vermiether demselben das Recht des Dritten arglistig verschwiegen hat (bayr. Entw. Art. 412, 410, dresd. Entw. Art. 547). Diese Abweichungen hängen, soviel das preuß. Recht betrifft, mit der von dem Standpunkte des Entwurfes prinzipiell verschiedenen Auffassung zusammen, daß auch in den Fällen einer ursprünglichen, blos subjektiven Unmöglichkeit der Leistung der Anspruch auf Schadensersatz immer von einem Verschulden des Verpflichteten abhängig ist. In Betreff der übrigen oben bezeichneten Gesetzgebungen aber ist zu berücksichtigen, daß sie auch bei der Gewährleistung wegen physischer Mängel den Anspruch des Miethers auf Schadensersatz in derselben beschränkten Art geregelt haben. Mit dem Entwurfe stimmen dagegen auch in der hier fraglichen Beziehung das gemeine Recht und das schweiz. Bd. Ges. Art. 280 überein.

Verjährung. Ein Bedürfniß, die dem Miether wegen juristischer Fehler der vermietheten Sache zustehenden Rechte und Ansprüche an eine kurze Verjährungs- oder Präklusivfrist zu knüpfen (vergl. preuß. A. L. R. I, 5 §§ 318, 344, 345 und bayr. Entw. Art. 457, dresd. Entw. Art. 575), kann hier ebensowenig, wie in den Fällen der §§ 505, 506 anerkannt werden.

Einige neue Gesetzgebungen heben in diesem Zusammenhange noch den auch in den Quellen des röm. Rechtes (l. 9 § 1 D. loc. 19, 2) erwähnten Fall besonders hervor, daß dem Vermiether das Recht an der vermietheten Sache, in Folge dessen er vermiethete, nur auf Zeit zustand, und bestimmen für diesen Fall, daß der Miether, wenn jenes Recht während der Miethzeit erlösche und der Nachfolger das Miethverhältniß nicht fortsetze, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages von dem Vermiether nur dann verlangen könne, wenn er zur Zeit der Schließung des Vertrages nicht wußte, daß dem Vermiether das Recht an der vermietheten Sache nur auf Zeit zustehe (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 388—390; sächs. G. B. § 1223; dresd. Entw. Art. 548). In dem Entwurfe ist davon ausgegangen, daß der in Rede stehende Fall durch die Bestimmung des § 508 mit betroffen wird und daher keiner besonderen Hervorhebung bedarf, sofern man nicht für ihn etwas Anderes bestimmen will, als aus dem § 508 sich ergiebt. Ein Grund zu solchen Besonderheiten, insbesondere zu einer Aenderung der Beweislast, liegt aber nicht vor.

§§ 509—511.

Kauf bricht Miethe. Die §§ 509, 510 entscheiden die Frage, inwiefern der Grundsatz: „Kauf bricht Miethe" anzuerkennen, d. h. ob und inwiefern der Singularsukzessor des Vermiethers dem Miether gegenüber kraft Gesetzes verbunden ist, das

Miethverhältniß fortzusetzen oder doch die Fortsetzung desselben zwischen dem Vermiether und dem Miether zu gestatten. Die bestehenden Rechte und die neueren Entwürfe haben in dieser Beziehung verschiedene Wege eingeschlagen[1]). a) Geltendes Recht:

Nach röm. und gemeinem Rechte ist das Recht des Miethers aus dem Miethvertrage kein dingliches, sondern ein obligatorisches Recht und deshalb der Singularsukzessor des Vermiethers dem Miether gegenüber an den Miethvertrag nicht gebunden, vielmehr kann er kraft seines dinglichen Rechtes, ohne dabei eine Kündigungsfrist beobachten zu müssen, von dem Miether jeder Zeit die sofortige Herausgabe der gemietheten Sache verlangen. Die in neuerer Zeit vertheidigte Ansicht, daß in Konsequenz der nach deutschem Rechte als zulässig anerkannten Realexekution die Miethe nach gemeinem Rechte ein petitorisch verfolgbares dingliches Recht begründe, steht nur vereinzelt da und hat namentlich in der gemeinrechtlichen Praxis keinen Anklang gefunden. gemeines Recht;

Auf dem Boden des gemeinen Rechtes steht auch der hess. Entw. Art. 186—188. Dagegen hat das preuß. A. L. R., ohne zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu unterscheiden, dem Miethrechte den Karakter eines dinglichen, gegen jeden Dritten und daher auch gegen den Singularsukzessor des Vermiethers verfolgbaren Rechtes beigelegt. Die Dinglichkeit des Miethrechtes entsteht durch die Uebergabe der vermietheten Sache, ohne daß es bei Grundstücken der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Ob eine solche Eintragung, welche nach dem A. L. R. mit Einwilligung des Vermiethers zulässig ist und die Wirkungen des körperlichen Besitzes der vermietheten Sache hat, auch nach dem Inkrafttreten des preuß. Ges. über den Eigenthumserw. v. 5. Mai 1872 noch erfolgen kann, ist bestritten. Im Einzelnen bestehen über die Gestaltung des Verhältnisses im Falle der Veräußerung der vermietheten Sache einerseits zwischen dem Miether und dem Erwerber der Sache, andererseits zwischen dem Miether und dem Vermiether, namentlich über den Umfang und den Rechtsgrund der in Folge der Veräußerung zwischen dem Miether und dem Erwerber entstehenden Rechte und Pflichten, in der preuß. Jurisprudenz vielfache Meinungsverschiedenheiten. Von dem Grundsatze: „Kauf bricht nicht Miethe" macht das preuß. A. L. R. jedoch eine wichtige Ausnahme für den Fall einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung der vermietheten Sache. In diesem Falle muß der Miether auch innerhalb der vertragsmäßigen Miethzeit sich die Aufkündigung in der Art gefallen lassen, daß er nach Ablauf einer näher bezeichneten Frist zu räumen verpflichtet ist. War das Miethrecht in das Grundbuch eingetragen, so hat dies nur die Wirkung, daß dem Miether wegen seines Anspruches auf Ersatz des ihm durch die vorzeitige Kündigung entstandenen Schadens das Vorrecht der Hypothekgläubiger zustehen soll. Ob und inwieweit diese letztere Bestimmung seit der neuen Grundbuchgesetzgebung sich noch in Geltung befindet, ist jedoch bestritten (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 2—5, 358—360, 350—357; dazu Entsch. d. R. G. in Civils. XVII 64). preuß. A. L. R.;

---

[1]) Was in der nachfolgenden Uebersicht über den Inhalt der bestehenden Rechte und der Entwürfe in Beziehung auf die Miethe gesagt ist, gilt auch von der Pacht.

franz. Recht; Auf dem Boden des Grundsatzes: „Kauf bricht nicht Miethe" steht auch das franz. Recht; doch hat der code civil jenen Grundsatz nur für Liegenschaften anerkannt und das Verhältniß in anderer Art, als das preuß. A. L. R., geordnet. Hat der Miether einen authentischen oder mit einem gewissen Datum versehenen Vertrag für sich, d. h. vermag er dem Erwerber gegenüber durch die zulässigen Beweismittel den Beweis zu führen, daß der Miethvertrag vor dem Veräußerungsvertrage geschlossen ist, so ist der neue Erwerber an den Miethvertrag gebunden. Das franz. Transskriptionsgesetz v. 22. März 1855 Art. 2 Abs. 4 bestimmt jedoch, daß Miethverträge, welche auf eine längere Zeit als 18 Jahre abgeschlossen sind, eingetragen werden müssen, um gegen Dritte wirksam zu sein. Ist in dem Miethvertrage das Recht, den Miether im Falle der Veräußerung zu vertreiben, vorbehalten, so muß der Miether dem neuen Erwerber weichen; doch ist der letztere an eine Kündigungsfrist gebunden und der Miether hat das Recht, so lange im Genusse der Sache zu bleiben, bis er von dem Vermiether oder dem neuen Erwerber in einer gesetzlich näher bestimmten Weise wegen der vorzeitigen Auflösung des Vertrages entschädigt worden ist. Fehlt es dem Miethvertrage an der Sicherheit des Datums, so kann der neue Erwerber dem Miether kündigen und nach Ablauf der Kündigungszeit die Räumung verlangen, ohne daß der Miether in diesem Falle, wenigstens nach der herrschenden Meinung, berechtigt ist, die Räumung zu verweigern, bis er wegen der von dem Veräußerer ihm zu leistenden Entschädigung befriedigt worden ist. Abweichend von dem preuß. A. L. R. hat der code civil von dem angenommenen Prinzipe auch für den Fall der Zwangsversteigerung keine Ausnahme gemacht (Art. 1743—1751). Die Bestimmungen des code civil sind unverändert in das bad. L. R. (Satz 1743 bis 1751) übergegangen.

andere Gesetze. Zu der Gruppe derjenigen Rechte, welche dem Grundsatze: „Kauf bricht nicht Miethe" folgen, gehören ferner einige ältere Partikularrechte in dem Gebiete des gemeinen Rechtes. So gilt jener Grundsatz in Hamburg für das Stadtgebiet nach dem hamb. Stadtrechte, ferner bei schriftlich errichteten Miethverträgen in Braunschweig nach einer Verordn. v. 25. Oktober 1760 und in den altoranischen Landestheilen des vormaligen Herzogthumes Nassau nach einer Verordn. v. 16. März 1763.

Eine dritte Gruppe von Gesetzgebungswerken hat einen Mittelweg eingeschlagen. In Anlehnung an das gemeine Recht gestatten sie dem Erwerber, den Miether auch vor Ablauf der vertragsmäßigen Miethzeit auszutreiben, doch ist bei der Miethe unbeweglicher Sachen oder gewisser unbeweglicher Sachen (Grundstücke, Wohnungen) der Miether nur nach vorgängiger Kündigung von Seiten des Erwerbers und nach Ablauf einer gesetzlich näher bestimmten Frist zur Räumung verpflichtet. In dieser Weise ist das Verhältniß geordnet von dem österr. G. B. § 1120, dem sächs. G. B. §§ 1222, 1225, 1226, dem zür. G. B. §§ 1495, 1522, dem schweiz. Bd. Ges. Art. 281, 314, für die bayr. Landestheile mit Ausschluß der Gebiete des franz. und des preuß. Rechtes von dem bayr. Ges. v. 18. Februar 1871 § 21, ferner von dem bayr. Entw. Art. 444, 445, 447, 449, 451—453, 480, 481 und dem dresd. Entw. Art. 549, 551, 578, 580. Abgesehen von dem bayr. Ges. v. 18. Februar 1871

und dem schweiz. Bd. Ges., welches diesbezüglich auf die kantonalen Rechte verweist (Art. 281 Abs. 3), enthalten die angeführten Gesetzgebungen aber insofern eine weitere wichtige Modifikation des Grundsatzes: „Kauf bricht Miethe", als sie die Eintragung des Miethrechtes in das Grundbuch zulassen und an die Eintragung die Wirkung knüpfen, daß der spätere Erwerber während der ganzen vertragsmäßigen Miethzeit an den Miethvertrag gebunden ist (österr. G. B. § 1095; sächs. G. B. § 1224; zür. G. B. §§ 1512, 1523, 1546; bayr. Entw. Art. 446, 481, dresd. Entw. Art. 552, 578). Auch in einzelnen gemeinrechtlichen Gebieten erlangt das Miethrecht durch Eintragung in das Grundbuch Wirksamkeit gegen jeden neuen Erwerber, so in den großherzoglich hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen (Art. 127 des hess. Ges., das Pfandr. betr., v. 15. September 1858), in Neuvorpommern und Rügen, im Bezirke des vorm. Appellationsgerichtes zu Kassel und in der Provinz Schleswig-Holstein im Gebiete des dän. Rechtes (vergl. die preuß. Gesetze über das Grundbuchwesen in Neuvorpommern und Rügen v. 26. Mai 1873 § 14, in Schleswig-Holstein v. 27. Mai 1873 § 34, in Kassel v. 29. Mai 1873 § 3 Abs. 2). Von dem Satze, daß das in das Grundbuch eingetragene Miethrecht auch gegen den neuen Erwerber der vermietheten Sache wirkt, machen indessen verschiedene der angeführten Gesetzgebungen für den Fall der Zwangsversteigerung eine Ausnahme (österr. G. B. § 1121; sächs. G. B. § 1224; bayr. Entw. Art. 446 Abs. 2). Der dresd. Entw. Art. 553 überläßt die Entscheidung der Frage den Landesgesetzen. Darüber, ob die Eintragung des Miethrechtes in das Grundbuch von dem Miether nur mit Einwilligung des Vermiethers oder auch ohne eine solche verlangt werden kann, sprechen sich die meisten Gesetzgebungen nicht ausdrücklich aus. Nach dem hess. Ges. v. 15. September 1858 Art. 127 wird die Einwilligung des Vermiethers erfordert, ebenso nach dem preuß. Ges. über das Grundbuchwesen in dem Bezirke des vorm. Appellationsgerichtes zu Kassel v. 29. Mai 1873 § 3 Abs. 2. Nach dem sächs. G. B. § 1224 kann der Miether die Eintragung dann verlangen, wenn der Vermiether sich verpflichtet hat, im Falle einer Veräußerung der Sache dem Erwerber die Erfüllung des Miethvertrages zur Bedingung zu machen.

Der Entwurf hat sich für den Grundsatz: „Kauf bricht Miethe" entschieden, jedoch mit der Modifikation, daß bei der Vermiethung einer unbeweglichen Sache der Miether nur nach einer von dem Erwerber an ihn gerichteten Aufforderung und nach Ablauf einer von dieser Aufforderung an laufenden, näher bezeichneten Frist zur Räumung verpflichtet, bis dahin aber der Erwerber verbunden ist, den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache durch den Miether, sowie die Vornahme der gegenüber dem Miether dem Vermiether obliegenden Handlungen zu gestatten. Daneben hat der Entwurf die Eintragung der Miethe oder des Pachtrechtes in das Grundbuch, um denselben in weiterem Umfange Wirksamkeit gegen den neuen Erwerber zu verschaffen, nicht zugelassen. b) Entwurf: Aufhebung der Miethe; Räumungsfrist.

Hat auch das röm. Recht den Grundsatz: „Kauf bricht Miethe" in voller Schärfe anerkannt und ist ihm hierin die neue gemeinrechtliche Doktrin und Praxis gefolgt, so kann es doch nicht zweifelhaft sein, daß in der Gegenwart die strenge Durchführung jenes Grundsatzes abzulehnen ist, weil sie unter den

gegenwärtigen Verhältnissen — zumal in den größeren Städten, wo die Hauptmasse der Bevölkerung bis zu den höchsten und vornehmsten Ständen hinauf zur Miethe wohnt — zu den größten Unzuträglichkeiten führen muß.

Gründe gegen den Satz „Kauf bricht nicht Miethe".

Auf der anderen Seite erheben sich aber auch gegen die Anerkennung des entgegengesetzten Grundsatzes: „Kauf bricht nicht Miethe" schwerwiegende Bedenken. Insbesondere ist die Art der Regelung, welche dieser Grundsatz in dem preuß. und in dem franz. Rechte erfahren hat, mit den Prinzipien des Grundbuchrechtes (§§ 828, 837) nicht vereinbar, indem nach jenen Rechten der Miether ein dingliches Recht an dem Grundstücke ohne Eintragung erlangt und der Erwerber ein Miethrecht anzuerkennen hat, über welches das Grundbuch keine Auskunft giebt. Das geltende preuß. Recht in der vorliegenden Beziehung zum Vorbilde zu nehmen, ist auch deshalb bedenklich, weil dasselbe mit dem ihm eigenthümlichen, in dem Sachenrechte des Entwurfes nicht anerkannten Prinzipe im Zusammenhange steht, daß das Recht zur Sache durch Erwerb des Besitzes derselben zum dinglichen sich gestaltet. Das aus den Prinzipien des Grundbuchrechtes hergeleitete Bedenken fällt allerdings weg, wenn man nach dem Vorgange anderer neuerer Gesetzgebungswerke die Wirksamkeit des Miethrechtes gegen den neuen Erwerber der Sache von der Eintragung in das Grundbuch abhängig macht.

Eintragung im Grundbuche.

Die Eintragung könnte mit verschiedener Wirkung zugelassen werden, entweder mit der Wirkung, daß das Recht durch die Buchung (ähnlich wie der Nießbrauch) einen dinglichen Karakter gewinnt und daher gegen jeden Sondernachfolger des Vermiethers geltend gemacht werden darf, — oder nach dem Vorbilde des sächs. G. B. § 1224 mit der Wirkung einer Dispositionsbeschränkung des Vermiethers als Eigenthümers, indem die Grundbuchbehörde, so lange das Recht eingetragen ist, während der Miethzeit die Eintragung einer jeden Veräußerung abzulehnen hat, die nicht unter Vorbehalt der Rechte des Miethers erfolgt ist (§ 512). Auch die zweite Art der Regelung führt thatsächlich dahin, daß der Miether in der obigen Art wegen seiner Rechte gegen jeden Sondernachfolger gesichert wird; die Verfügungsgewalt des Vermiethers in weitem Umfange hemmend und das Grundbuch gleichsam auf Zeit in erheblichem Maße sperrend, greift sie nur noch tiefer und über ihren Zweck hinaus in die Rechte des Vermiethers ein, als die erste Art der Normirung es mit sich bringt.

Wird in der einen oder anderen Weise die Buchung für erforderlich erklärt, um das Recht des Miethers zu schützen, so ist die wirkliche Erreichung dieses Schutzes doch kaum zu erwarten. Soll die Buchung von der Bewilligung des Eigenthümers abhängig sein, so ist zu beachten, daß dieser, in der wirthschaftlich stärkeren Lage, die Bewilligung regelmäßig nicht ertheilen wird. Auch ohne die Nothwendigkeit der Bewilligung würden die Umständlichkeit und die Kosten der Buchungen und Löschungen ebenso sehr dem allgemeinen Gebrauche der Buchung entgegenwirken, wie der allgemeine Gebrauch derselben zu einer schädlichen Ueberfüllung des Grundbuches führen würde. Dazu kommt, daß man in Uebereinstimmung mit dem preuß. Rechte und verschiedenen die Eintragung des Miethrechtes zulassenden Gesetzgebungen, namentlich dem österr. und dem sächs. G. B., im Interesse des Realkredites für den Fall der Zwangsversteigerung und der Veräußerung im Konkurse über das Vermögen des Ver-

miethers (Konk. O. § 17 Nr. 2) eine Ausnahmebestimmung geben müßte, welche keinen anderen Sinn haben würde, als den, daß dem anerkannten dinglichen oder gegen Dritte wirksamen Rechte in einem Hauptfalle die Wirkung zu versagen sei.

Weiter kommt in Betracht, daß durch die Anerkennung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" im Sinne des preuß. oder franz. Rechtes oder durch die Zulassung der Buchung ein neues dingliches oder mindestens auch gegen die Sondernachfolger wirkendes Recht geschaffen werden würde, welches in mancherlei Beziehung noch dringender wie der Nießbrauch der besonderen Normirung bedürfte, indem insbesondere festzustellen sein würde, wie es mit dem Rechte des Erwerbers auf den Miethzins und mit der Verpflichtung desselben in Ansehung der dem Vermiether obliegenden Leistungen zu halten sei.

Bestimmungen des Entwurfes. A. Im Allgemeinen.

Die hervorgehobenen, gegen den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" sprechenden Bedenken und Schwierigkeiten, andererseits die mit der strengen Durchführung des entgegengesetzten Grundsatzes unverkennbar verbundenen Unzuträglichkeiten und Uebelstände haben den Entwurf bestimmt, in Ansehung der Vermiethung von Grundstücken einen Mittelweg einzuschlagen, welcher dem Interesse des Grundbuchsystemes und des Miethers in gleicher Weise gerecht wird. Der Erwerber soll von dem Miether die Räumung nur mit einer angemessenen, der gesetzlichen Kündigungsfrist gleichkommenden Frist fordern können (§§ 509, 510) und die Vereinbarung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber über die Erfüllung des Vertrages durch den letzteren soll dem Miether ein unmittelbares Recht gegen den Erwerber geben (§ 512). Der Vermiether hat wegen der ihm drohenden Verantwortung die dringendste Veranlassung, nicht ohne den den Miether schützenden Vorbehalt der Rechte desselben zu veräußern. Die Veräußerung ohne solchen Vorbehalt ist hiernach und, wie die Erfahrung bestätigt, überhaupt nur als Ausnahmefall anzusehen. Fraglich bleibt außerdem immer noch, ob der Erwerber die Räumung verlangt, und wenn er sie verlangt, so bleibt dem Miether eine Frist, nach deren Ablauf in sehr vielen Fällen auch der Vermiether selbst die Räumung hätte verlangen können. Glaubt der Miether bei den aus den §§ 509, 510, 512 sich ergebenden Rechten sich nicht beruhigen zu können, so kann er den Abschluß des Miethvertrages davon abhängig machen, daß ihm der Vermiether mit dem Grundstücke Hypothek für die aus der Nichterfüllung des Vertrages entstehenden Ansprüche bestellt. Einen besseren Rang als diese Hypothek könnte auch ein durch Buchung oder Vertrag begründetes dingliches Recht nicht haben. Der Ausschluß der Buchung der Miethe als eines dinglichen Rechtes folgt für den Entwurf aus der Uebergehung desselben. Die Zwecke, welchen die Dinglichkeit des Miethrechtes dienen soll, lassen sich in manchen Fällen durch die Bestellung eines Erbbaurechtes erreichen, da ein solches nach dem Entwurfe auf jede beliebige, längere oder kürzere Zeit bestellt werden kann (§§ 961 ff., 142).

Daß die aus dem Entwurfe sich ergebenden Abhülfen behufs Beseitigung aller aus dem Grundsatze „Kauf bricht Miethe" zu besorgenden Uebelstände vollkommen ausreichen, lehrt die Erfahrung auf denjenigen Rechtsgebieten,

in welchen die Rechte des Miethers ähnlich geregelt sind. Zwar ist in einigen dieser Rechtsgebiete auch die Eintragung des Miethrechtes in das Grundbuch mit der Wirkung zugelassen, daß auch der neue Erwerber daran gebunden ist; indessen kommen derartige Eintragungen erfahrungsmäßig nur selten vor. Dies wird auch durch die im Gebiete des preuß. Rechtes gemachte Erfahrung bestätigt, daß, obwohl nach dem preuß. A. L. R. der Miether gegen die bei der Zwangsversteigerung ihm drohende Verkümmerung seines Rechtes sich durch die Buchung desselben mindestens insofern schützen kann, daß er aus dem Grundstückserlöse entschädigt wird, die Fälle einer solchen Buchung entschieden zu den Seltenheiten gehören. Ob zum Zwecke der Sicherung nach dem neueren preuß. Rechte die Eintragung einer Hypothek erforderlich ist, kann hierbei unerörtert bleiben.

Bewegliche Sachen.

Ist aus vorstehenden Gründen der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" selbst für die Grundstücksmiethe abzulehnen, so kann derselbe um so weniger für die Miethe beweglicher Sachen anerkannt werden. Uebrigens ist bei der Miethe beweglicher Sachen der Miether gegen die Verkümmerung seiner Rechte durch Veräußerung mittels Uebergabe thatsächlich dadurch geschützt, daß nach den Grundsätzen des Sachenrechtes der Vermiether, so lange der Miether die Inhabung der vermietheten Sache hat, nicht in der Lage ist, einem Dritten gegen den Widerspruch des Miethers die zur Veräußerung durch Rechtsgeschäft erforderliche Uebergabe der Sache zu leisten (vergl. §§ 874, 803—805). Auch ist der Miether beweglicher Sachen, so lange er Inhaber derselben ist, bei einer Zwangsvollstreckung gegen den Vermiether nach § 745 der C. P. O. gegen Austreibung gesichert.

Pacht.

Das von dem Entwurfe für die Miethe angenommene Prinzip gilt nach den §§ 531, 537 Abs. 3 auch für die Pacht. Ein Bedürfniß, für die Pacht von einem anderen Prinzipe auszugehen oder für diese wenigstens die Buchung des Pachtrechtes zuzulassen, konnte ebensowenig anerkannt werden, als bei der Miethe.

B. Im Einzelnen.

Im Einzelnen ist zu den Bestimmungen der §§ 509, 510 noch Folgendes zu bemerken:

Verpfl. des Erwerbers: 1. Voraussetzungen: a) Grundstück;

Die in den §§ 509, 510 bezeichneten Rechte stehen dem Miether eines Grundstückes zu. Mit dem dresd. Entw. Art. 551 die Anwendbarkeit der §§ 509, 510 auf die Wohnungsmiethe zu beschränken, ist in Rücksicht auf die Verträge, welche Speicher, Waaren- und Meßgewölbe u. s. w. zum Gegenstande haben, bedenklich. Ueberdies droht die Beschränkung auf die Wohnungsmiethe zu mancherlei Streitigkeiten zu führen. Mit dem Entwurfe stimmt auch die Mehrzahl der auf dem Boden desselben stehenden neueren Gesetzgebungswerke überein (sächs. G. B. §§ 1224, 1225; zür. G. B. § 1495; schweiz. Bd. Ges. Art. 281; bayr. Ges. v. 18. Februar 1871 § 21; bayr. Entw. Art. 445).

b) Veräußerung durch Rechtsgeschäft.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 509, 510 ist ferner, daß das Eigenthum des vermietheten Grundstückes von dem Vermiether an einen Dritten übertragen ist oder daß der Dritte an dem Grundstücke zwar nicht das Eigenthum, aber ein anderes, den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers

aufhebendes oder beschränkendes Recht durch Rechtsgeschäft des Vermiethers erworben hat, z. B. durch Uebertragung des dem letzteren an dem Grundstücke zustehenden Erbbau- oder Nießbrauchsrechtes auf den Dritten oder durch Verzicht auf ein solches Recht zu Gunsten des Dritten als des Eigenthümers oder durch Belastung des Grundstückes mit einem Erbbaurechte, einem Nießbrauche, einer Grundgerechtigkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit von Seiten des Vermiethers (österr. G. B. § 1120; zür. G. B. § 1495; bayr. Entw. Art. 444, 445, 451, 452). Wenn einzelne Gesetzgebungswerke (sächs. G. B. §§ 1222, 1225; dresd. Entw. Art. 549, 551; vergl. ferner preuß. A. L. R. I, 21 §§ 388, 389 und dazu Entsch. d. R. G. in Civils. XVII 39) auch die Fälle hereinziehen, in welchen der Dritte das Recht an dem vermietheten Grundstücke nicht durch Rechtsgeschäft des Vermiethers, sondern aus einem anderen Rechtsgrunde erworben hat, andere wenigstens den Fall, in welchem dem Miether das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung oder durch Veräußerung im Konkurse entzogen wird (schweiz. Bd. Ges. Art. 281, 314), so kann dies nicht als angemessen erachtet werden, weil für solche, je nach Verschiedenheit der Verhältnisse einer verschiedenen Beurtheilung unterliegende Fälle durch eine allgemeine positive Vorschrift die Anwendung der allgemeinen Grundsätze oder der maßgebenden speziellen Rechtsnormen nicht ohne Gefahr sich ausschließen läßt. Insbesondere kann ein Bedürfniß, die Vorschrift der §§ 509, 510 auf solche Fälle auszudehnen, in welchen das Recht des Dritten nicht aus einer der Ueberlassung der Sache an den Miether nachfolgenden Veräußerung des Vermiethers sich ableitet, sondern aus einer schon vor jener Ueberlassung liegenden Thatsache entspringt, also namentlich auf die Fälle des resolutiv bedingten oder des betagten Eigenthumes, nicht anerkannt werden, um so weniger, als durch eine solche Ausdehnung das obligatorische Miethrecht auch gegenüber solchen Rechten an der Sache bevorzugt werden würde, welche, selbst wenn das Miethrecht ein dingliches wäre, den Vorzug vor demselben genießen würden. Eine Ausnahme hat der Entwurf in dieser Beziehung nur für den Fall der Beendigung des Nießbrauches und der dem letzteren insoweit gleichgestellten Rechte der ehelichen und der elterlichen Nutznießung, sowie des Rechtes aus der Vorerbschaft gemacht (vergl. §§ 1008, 1292, 1520). In Ansehung der Familienfideikommisse bleibt es den Landesgesetzgebungen überlassen, auf das Recht des Fideikommißinhabers gegenüber dem Nachfolger die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften in der hier fraglichen Beziehung für anwendbar zu erklären. Welche Rechte dem Miether im Falle der Zwangsversteigerung zustehen sollen, ist einem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vorbehalten (vergl. Anm. 1 zu § 1067). Da nach § 1865 das Vermächtniß für den Vermächtnißnehmer immer nur eine Forderung gegen den Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes begründet, so ist, wenn einem Dritten an dem vermietheten Grundstücke ein den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers aufhebendes oder beschränkendes Recht durch Vermächtniß zugewendet ist, das Vermächtniß auf die Rechte des Miethers an sich ohne Einfluß. Für diese Fälle ist jedoch durch die besondere Vorschrift des § 1860 Vorsorge getroffen.

Uebertragung aus einem anderen Rechtsgrunde;

Zwangsversteigerung;

Vermächtniß.

c) Besitz des Miethers.

Die nach den §§ 509, 510 den Erwerber treffende Beschränkung tritt übrigens nur dann ein, wenn dem Miether das Grundstück zur Zeit der Veräußerung oder Belastung bereits überlassen war. Weiter zu gehen, ist durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten, aber auch in Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches bedenklich (vergl. auch sächs. G. B. §§ 1222, 1225; schweiz. Bd. Ges. Art. 281, 314; bayr. Entw. Art. 444, 445, dresd. Entw. Art. 549, 551; preuß. A. L. R. I, 21 § 359).

2. Inhalt.

Liegen die bezeichneten Voraussetzungen vor, so ist der Erwerber verpflichtet, den vertragsmäßigen Gebrauch des Grundstückes durch den Miether, sowie die Vornahme derjenigen Handlungen, welche dem Vermiether dem Miether gegenüber obliegen, insbesondere Ausbesserungen, welche der Vermiether zu bewirken oder zu dulden verpflichtet ist, noch so lange zu gestatten, bis nach der von dem Dritten an den Miether gerichteten Aufforderung zur Räumung des Grundstückes die in § 522 bestimmte gesetzliche Kündigungsfrist oder, wenn die vertragsmäßige Kündigungsfrist kürzer ist, diese kürzere Frist verstrichen ist. Aus dem Allegate des § 522 ergiebt sich, daß insoweit, als die gesetzliche Kündigungsfrist maßgebend ist, die Aufforderung zur Räumung nur auf die in § 522 Abs. 2 bezeichneten Kalenderzeiten erfolgen kann. Ist in den Fällen des § 510 zur Ausübung des von dem Dritten erworbenen Rechtes, z. B. im Falle der Belastung des vermietheten Grundstückes mit einer Grunddienstbarkeit, nicht erforderlich, daß der Miether das Grundstück räume, so tritt an die Stelle der Aufforderung zur Räumung die Aufforderung, zu dulden, daß der Dritte das erworbene Recht ausübe (sächs. G. B. § 1225; österr. G. B. § 1120; zür. G. B. § 1495; schweiz. Bd. Ges. Art. 281, 314; bayr. Entw. Art. 445, 447, 480, 481; bayr. Ges. v. 18. Februar 1871 § 21; dresd. Entw. Art. 551, 578, 580). Die an den Miether gerichtete Aufforderung von Seiten des Dritten, das Grundstück zu räumen oder die Ausübung des Rechtes zu dulden, soll jedoch nach § 511 wirkungslos sein, die vorerwähnte Verpflichtung des Dritten mithin bis auf Weiteres fortdauern, wenn der Dritte vor oder bei der Aufforderung eine seine Berechtigung ergebende öffentliche Urkunde nicht vorlegt und der Miether wegen dieses Mangels die Aufforderung unverzüglich zurückweist. Der Miether, welcher dem Grundsatze: „Kauf bricht Miethe" sich unterwerfen und die Beeinträchtigung seiner vertragsmäßigen Rechte erleiden muß, kann billigerweise auch den Nachweis fordern, daß die Voraussetzung eingetreten ist, von welcher die Anwendbarkeit jenes Grundsatzes abhängt. Er braucht sich bei der bloßen Anzeige des Erwerbers oder auch des Vermiethers nicht zu beruhigen, da die das Recht des Miethers beeinträchtigende Veräußerung oder Belastung durch Willenserklärung jener Person allein nicht erfolgen kann. Andererseits erscheint es angemessen, dem Miether zur Pflicht zu machen, den Mangel des Nachweises, sofern er sich auf denselben berufen will, unverzüglich zu rügen (vergl. auch §§ 122, 308, 1118).

Kündigungsfrist.

Vorlegung einer öff. Urkunde.

Eine Bestimmung des Inhaltes, daß, wenn der Erwerber nicht die erste Kündigungsfrist benutzt, es so anzusehen sei, als wäre er von der Zeit seines Erwerbes an in den Vertrag seines Vorgängers eingetreten (vergl. sächs. G. B. § 1225), hat der Entwurf in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen nicht aufgenommen. Durch eine solche Bestimmung würde

der Miether in der Person des Erwerbers einen neuen Schuldner erhalten, der alle nach dem Miethvertrage dem Vermiether obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen hätte. Hieraus würde sich eine große Härte für den Erwerber ergeben, zumal wenn derselbe von dem Umfange jener Verpflichtungen keine Kenntniß gehabt haben sollte. Die Bestimmung würde auch dazu führen, entweder den Miether durch Verschaffung eines zweiten Schuldners ohne Grund zu begünstigen oder, wenn der bisherige Vermiether befreit werden sollte, dem Miether ohne Grund und zu seinem Nachtheile einen anderen Schuldner aufzudrängen.

Rücktrittsrecht des Miethers.

Erfolgt von Seiten des Erwerbers an den Miether die Aufforderung, zu räumen, so gewähren die §§ 509, 510 in Uebereinstimmung mit den von der Praxis in diesem Sinne ausgelegten Vorschriften des sächs. G. B. durch eine positive Vorschrift dem Miether das Recht, sofort von dem Vertrage für die Zukunft zurückzutreten (vergl. auch § 530). Eine solche Bestimmung erscheint angemessen, weil in diesem Falle dem Miether die Entziehung seiner vertragsmäßigen Rechte bevorsteht. Dagegen liegt kein Bedürfniß vor, dem Miether ein solches Rücktrittsrecht auch in dem Falle einzuräumen, wenn zur Ausübung des von einem Dritten erworbenen Rechtes nicht erforderlich ist, daß er das Grundstück räume (§ 510 Abs. 2). Voraussetzung des in Rede stehenden Rücktrittsrechtes ist jedoch, daß der Erwerber die Räumung auf Grund der besonderen gesetzlichen Bestimmung der §§ 509, 510 und nicht in Gemäßheit des Miethvertrages verlangt. Weitere Vorschriften über ein Rücktrittsrecht des Miethers sind nicht für erforderlich gehalten. Insbesondere ist dem Miether das in der gemeinrechtlichen Doktrin (vergl. l. 32 D. loc. 19, 2) vorwiegend verneinte, von der österreichischen Jurisprudenz auf Grund der Bestimmungen des österr. G. B. vorwiegend bejahte und auch in dem bayr. Ges. v. 18. Februar 1871 § 12 anerkannte Recht, schon auf Grund der erfolgten Veräußerung sofort bezw. unter Beobachtung einer Kündigungsfrist von dem Vertrage zurückzutreten, nicht beigelegt, ebensowenig das Recht, dann von dem Vertrage zurückzutreten, wenn der Erwerber sich binnen einer gewissen Frist auf die Aufforderung des Miethers nicht erklärt, ob er die Pflichten des Vermiethers übernehme. Die Einräumung eines Rücktrittsrechtes in diesen Fällen geht zu weit und ist neben dem durch die §§ 509, 510 eingeräumten Rücktrittsrechte durch ein Bedürfniß nicht geboten. Selbstverständlich wird aber durch die besonderen Bestimmungen der §§ 509, 510 das Rücktrittsrecht, welches dem Miether nach dem § 529 für den Fall zusteht, daß ihm durch das Recht des Dritten der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ganz oder zum Theil entzogen wird, nicht berührt. Die Veräußerung als solche ist auf das Verhältniß zwischen Miether und Vermiether ohne allen Einfluß; andererseits tritt der dritte Erwerber der Sache vermöge seines Erwerbes dem Miether gegenüber nicht in die Rechte und Pflichten des Vermiethers ein. Namentlich hat der Erwerber gegen den Miether keinen selbständigen Anspruch auf den Miethzins für die Zeit seit dem Erwerbe. Nach dem Vorgange des sächs. G. B. § 1226 und des bayr. Ges. vom 18. Februar 1871 § 12 dem Erwerber einen solchen Anspruch zu geben und zugleich im Anschlusse an die sächs. Praxis und das gedachte bayr. Ges. das Recht des Miethers, in Ansehung dieses Anspruches

Vorauszahlungen, Gegenforderungen und Zessionen geltend zu machen, zu beschränken, ist in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der auf dem Boden des Entwurfes stehenden neueren Gesetzgebungswerke (vergl. namentlich schweiz. Bd. Ges. Art. 281; bayr. Entw. Art. 449; dresd. Entw. Art. 551 vergl. mit Art. 550 Abs. 2) und, soviel das Recht des Miethers, gegenüber dem Anspruche des Erwerbers auf den Miethzins Vorauszahlungen u. s. w. geltend zu machen, betrifft, auch im Einklange mit der preuß. Jurisprudenz als bedenklich erachtet. Gegen die Aufnahme derartiger Bestimmungen, welche auf dem Gedanken beruhen, daß der Erwerber von der Zeit seines Erwerbes an als in den Miethvertrag eingetreten, der Vermiether dagegen als aus demselben ausgeschieden zu behandeln sei, erheben sich ähnliche Bedenken, wie die, welche gegen die Aufnahme der Vorschrift ausschlaggebend gewesen sind, daß, wenn der Erwerber nicht die erste Kündigungsfrist benutze, es so anzusehen sei, als wäre er von der Zeit seines Erwerbes an in den Vertrag seines Vorgängers eingetreten. Zudem wird der Zweck einer derartigen Regelung, nämlich die Abschwächung des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe", durch dieselbe jedenfalls nur unvollkommen erreicht. Um so weniger kann ein Bedürfniß für eine solche Regelung anerkannt werden, als im praktischen Leben, wie die Erfahrung zeigt, das Verhältniß regelmäßig sich so gestalten wird, daß der Erwerber unter Zustimmung des Miethers für die Zeit seit dem Erwerbe mit oder ohne einige Modifikationen in die Rechte und Pflichten des Vermiethers eintritt. Die Fälle der Zwangsversteigerung des vermietheten Grundstückes aber und der Veräußerung im Konkurse sind in den hier fraglichen Beziehungen durch besondere Vorschriften zu regeln (vergl. Anm. zu § 1067, § 17 Nr. 2 der Konk. O.). Ferner bleiben unberührt die Vorschriften des Sachenrechtes über die Haftung der Miethzinsforderungen aus der Vermiethung eines mit Hypothek belasteten Grundstückes zu Gunsten der Hypothekengläubiger (§§ 1067 unter Nr. 4, 1069), sowie die Vorschriften der Konk. O. § 17 Nr. 2 über das Verhältniß zwischen dem Konkursverwalter und dem Miether eines von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vermietheten und übergebenen Grundstückes für die Zeit von der Eröffnung des Konkurses bis zur Veräußerung des Grundstückes (Entsch. d. R. G. in Civils. IV 30).

Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer auf die Miethzinsen.

Eine andere, nach dem Verhältnisse zwischen dem Vermiether und dem Erwerber der vermietheten Sache zu beurtheilende Frage ist es, inwiefern der erstere verpflichtet ist, die auf die Zeit nach dem Erwerbe entfallenden, von ihm erhobenen Miethzinsen dem Erwerber herauszugeben oder demselben den Anspruch auf diese Miethzinsen zu zediren. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob der Erwerber dem Vermiether gegenüber ein Recht auf die Nutzungen des Grundstückes hat (§ 794 Nr. 2). Geeignetenfalls kann der Erwerber, soweit ihm nach den §§ 509, 510 durch die Rechte des Miethers die Nutzungen der Sache entzogen sind, den Vermiether auf Grund der Bestimmungen über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes (§§ 370—380) auch wegen Schadensersatzes in Anspruch nehmen.

§ 512.

Der § 512 enthält die in den Motiven zu §§ 509—511 oben S. 386 bereits erwähnte für die Annahme des Grundsatzes „Kauf bricht Miethe" wichtige Bestimmung, daß ein Dritter, welcher durch Rechtsgeschäft des Vermiethers ein den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers aufhebendes oder beschränkendes Recht an der (beweglichen oder unbeweglichen) Sache erwirbt, soweit er sich durch Vertrag gegenüber dem Vermiether verpflichtet hat, für die spätere Miethzeit (oder einen gewissen Theil derselben) die dem Vermiether dem Miether gegenüber obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen, insbesondere das erworbene Recht gegen den Miether nicht auszuüben, auch gegenüber dem Miether verpflichtet wird. Es steht diese Vorschrift in Uebereinstimmung mit den neueren, ebenfalls von dem Grundsatze „Kauf bricht Miethe" ausgehenden Gesetzgebungswerken und einer auch in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis vielfach vertheidigten Ansicht (l. 9 C. de loc. et cond. 4, 65; sächs. G. B. § 1222; schweiz. Bd. Ges. Art. 281; bayr. Ges. v. 18. Februar 1871 § 12; hess. Entw. Art. 186, 187, bayr. Entw. Art. 448, dresd. Entw. 550). Die Bestimmungen über Erfüllungsübernahme (§ 318) würden zur Erreichung des Zweckes nicht ausreichen; die zwischen dem Vermiether und dem Erwerber zu Gunsten des Miethers getroffene Vereinbarung muß vielmehr dem letzteren gegen den Erwerber unmittelbar Rechte verleihen. Um dieses Ziel zu erreichen, wird das Versprechen der Leistung an einen Dritten unterstellt und werden die auf ein solches Versprechen sich beziehenden Vorschriften der §§ 412—416 für anwendbar erklärt, jedoch mit der Maßgabe, daß die unmittelbare Berechtigung des Miethers dem Dritten gegenüber und die Entstehung dieser Berechtigung mit dem Zeitpunkte, in welchem der Dritte das Recht erworben hat, als gewollt anzusehen ist. Diese Konstruktion ist die einfachste und sie entspricht in ihren Konsequenzen am meisten den Intentionen der Parteien. Durch diese Regelung ist übrigens nicht ausgeschlossen, daß der Vermiether und der Erwerber eine dem Miether weniger günstige Vereinbarung treffen können. Hierauf durch einen Zusatz, namentlich den Zusatz: „im Zweifel" hinzuweisen, ist jedoch einestheils entbehrlich, weil der nur dispositive Karakter der Vorschrift nicht zu verkennen ist, anderentheils nicht rathsam, da ein Zusatz der gedachten Art den praktischen Werth der Vorschrift beeinträchtigen könnte.

Vertrag zw. Erwerber und Vermiether zu Gunsten des Miethers.

Rechte des Miethers aus dem Vertrage.

Soll auf Grund der zwischen dem Vermiether und dem Erwerber zu Gunsten des Miethers getroffenen Vereinbarung der Miether gegen den Erwerber unmittelbar berechtigt sein, so muß andererseits dem Erwerber auf Grund jener Vereinbarung auch der Anspruch auf die Miethzinsen für die Zeit seit dem Erwerbe nach Maßgabe des Miethvertrages gegeben werden (vergl. auch sächs. G. B. § 1222 verb. mit § 1226; bayr. Entw. Art. 449; bayr. Ges. v. 18. Februar 1871 § 12; dresd. Entw. Art. 550). Zur Klarstellung des Rechtsverhältnisses und um der Auslegung entgegenzutreten, als könne der Erwerber den Miethzins kraft eigener, von dem zwischen den ursprünglichen Kontrahenten begründeten Vertragsverhältnisse unabhängigen Rechte von dem Miether fordern, wie die sächs. Praxis auf Grund der Bestimmungen des

Rechte des Erwerbers auf Miethzins.

sächs. G. B. annimmt, ist ausdrücklich ausgesprochen, daß das Recht auf den Miethzins als abgetreten anzusehen sei (dresd. Entw. Art. 550 Abs. 2; vergl. auch bayr. Entw. Art. 449). Diese Bestimmung steht indessen einer Vereinbarung zwischen dem Vermiether und dem Erwerber, daß dem letzteren ein Recht auf den Miethzins nicht zustehen solle, nicht entgegen. Selbstverständlich kann in einem solchen Falle der Erwerber von dem Miether einen Zins nicht fordern, der ihm nach jener Vereinbarung nicht zukommt. Eine besondere Hinweisung auf eine solche dem Rechte des Erwerbers entgegenstehende Vereinbarung, namentlich durch den Zusatz „im Zweifel" ist aus ähnlichen Gründen, wie in dem oben gedachten Falle, auch hier als entbehrlich und als nicht angemessen erachtet worden. Andererseits ist der Verdeutlichung halber ausdrücklich hervorgehoben, daß der Anspruch auf den Miethzins nur dann als abgetreten anzusehen ist, wenn der Dritte die Sache selbst oder das Recht des Gebrauches derselben erworben hat, indem jene Bestimmung nur für diesen Fall paßt. Da der Erwerber den Anspruch auf den Miethzins dem Miether gegenüber nur auf Grund der in der Vereinbarung zwischen ihm und dem Vermiether liegenden Abtretung hat, so folgt daraus, daß er nach Maßgabe der Bestimmungen über die Uebertragung der Forderung (§§ 302, 304) Einreden des Miethers gegen den Anspruch auf den Miethzins aus der Person des Vermiethers sich gefallen lassen muß. Es gilt dies namentlich von Vorausbezahlungen des Miethzinses an den Vermiether, welche der Miether, bevor er den Erwerb des Dritten erfahren hatte, im Voraus geleistet hat, selbst wenn er durch den Miethvertrag nicht dazu verpflichtet war. Dies ist nach der Auffassung der Jurisprudenz auch der Standpunkt des preuß. Rechtes, obwohl nach dem letzteren der Erwerber sogar kraft Gesetzes an den Miethvertrag gebunden ist. Auf demselben Boden stehen ferner das schweiz. Bd. Ges. Art. 281, der bayr. Entw. Art. 449 und der dresd. Entw. Art. 550 Abs. 2. Ob nach franz. Rechte der Erwerber die Vorauszahlungen anzuerkennen hat, ist bestritten. Dagegen wird dies von der sächs. Praxis verneint und das bayr. Ges. v. 18. Februar 1871 § 12 bestimmt ausdrücklich, daß Vorauszahlungen auf den Miethzins dem neuen Erwerber gegenüber nur für die Zeit bis zu dem auf den Uebergang folgenden zweiten Ziele wirksam sind. In dem Entwurfe ist eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen. Sie erfüllt ihren Zweck nicht, weil in der betreffenden Vorauszahlung stets eine Aenderung des ursprünglichen Miethvertrages sich finden läßt, mindestens eine solche Aenderung damit verbunden werden kann. Außerdem gereicht sie — so angemessen sie auch insofern erscheinen mag, als der Erwerber, welcher in Folge des zwischen ihm und dem Vermiether abgeschlossenen Vertrages das Miethrecht anzuerkennen genöthigt ist, billigerweise auch auf den nach demselben Vertrage ihm gebührenden Miethzins muß Anspruch machen können — doch dem Miether in so hohem Maße zum Nachtheile, daß dadurch der Vortheil, welchen ihm der § 512 in Abschwächung des Grundsatzes: „Kauf bricht Miethe" im Uebrigen zuzuwenden bezweckt, in vielen Fällen den größten Theil seines Werthes verlieren würde.

Erwerb der Sache durch Rechtsgeschäft.

Wie die §§ 509, 510, bezieht sich auch der § 512 nur auf den Fall des Erwerbes des Dritten durch Rechtsgeschäft des Vermiethers. Der Fall des Erwerbes aus einem anderen Rechtsgrunde (vergl. sächs. G. B. § 1223; dresd.

Entw. Art. 550 verb. mit Art. 549; schweiz. Bd. Ges. Art. 281) bedarf keiner besonderen gesetzlichen Regelung, weil in einem solchen Falle für den Vermiether regelmäßig kein Anlaß besteht, mit dem Dritten über die Anerkennung der Rechte des Miethers eine Vereinbarung zu treffen, und, wenn es gleichwohl geschieht, die allgemeinen Regeln über das Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 412—416) ihre Geltung behaupten müssen. Aus besonderen Gründen soll jedoch nach § 1008 der § 512 auf den Fall der Beendigung des Nießbrauches an einem Grundstücke entsprechende Anwendung finden. Dasselbe gilt nach den §§ 1292, 1520, 1815 in Ansehung der ehelichen und der elterlichen Nutznießung, sowie in Ansehung der Nacherbschaft. Wegen des Vermächtnisses eines vermietheten oder verpachteten Gegenstandes vergl. § 1860. Insofern greift der § 512 weiter wie die §§ 509, 510, als er zwischen den Fällen, wenn vor oder nach der Ueberlassung der Sache an den Miether veräußert worden ist, nicht unterscheidet, da es hier zu einer solchen Unterscheidung an jedem haltbaren Grunde fehlt.

§ 513.

Auslagen ꝛc. bei Miethe beweglicher Sachen.

Die dem sächs. G. B. § 1199, dem bayr. Entw. Art. 416 und dem dresd. Entw. Art. 555 sich anschließende Bestimmung des § 513 erscheint angesichts der §§ 503 und 504, nach welchen der Vermiether den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache dauernd zu gewähren und deshalb auch die zur Erhaltung eines entsprechenden Zustandes derselben erforderlichen Kosten zu tragen hat, zwar als eine Ausnahme, indessen als eine solche, welche in der Verkehrssitte und in der Natur der Verhältnisse ihre volle Rechtfertigung findet.

§ 514.

Verwendungen auf die Miethsache:

Der § 514 unterscheidet, soviel die Ansprüche des Miethers auf Ersatz der auf die Sache gemachten Verwendungen betrifft, zwischen nothwendigen und sonstigen Verwendungen.

nothwendige,

Während das preuß. A. L. R. I, 21 § 287, das österr. G. B. § 1097, das sächs. G. B. § 1201 und der hess. Entw. Art. 169 dem Miether einen Anspruch auf Ersatz auch der nothwendigen Verwendungen nur nach Maßgabe der Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag gewähren, geht der § 514 in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte (l. 55 § 1 D. loc. 19, 2), dem bayr. Entw. Art. 418 und dem dresd. Entw. Art. 557 davon aus, daß der Miether auf Ersatz der nothwendigen Verwendungen einen von weiteren Voraussetzungen nicht abhängigen Anspruch haben muß, und zwar aus ähnlichen Gründen wie diejenigen, welche dahin geführt haben, ein solches Recht dem Verkäufer für den Fall beizulegen, daß die verkaufte Sache noch nicht übergeben, zur Zeit der Verwendung aber die Gefahr bereits auf den Käufer übergegangen war (§ 464); denn auch der Miether ist, so lange die Sache in seinem Gewahrsam sich befindet, kraft des Miethvertrages verpflichtet, Sorgfalt auf dieselbe zu verwenden und sie vor Schaden zu hüten.

sonstige Verwendungen,

In Ansehung der Ansprüche des Miethers auf den Ersatz sonstiger Verwendungen verweist der § 514 auf die Rechtsnormen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 749—761; vergl. auch österr. G. B. § 1097; sächs. G. B. § 1201). Versteht sich der Miether unbeauftragt zu anderen, als nothwendigen Verwendungen, so erscheint er dem Vermiether gegenüber unleugbar als Geschäftsführer ohne Auftrag. Besondere Gründe, trotzdem die für die Geschäftsführung ohne Auftrag geltenden Grundsätze hier von der Anwendung auszuschließen, sind nicht anzuerkennen. Insbesondere kann die Erwägung, daß der Geschäftsführer ohne Auftrag keinen Ersatz erhält, wenn er ohne den Willen, einen solchen Anspruch zu erlangen, gehandelt hat (§ 754 Abs. 1) — eine Erwägung, welche den dresd. Entw. Art. 557, wenngleich derselbe sonst im Wesentlichen die sachlichen Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung bringt, bestimmt haben, die Bezugnahme auf diese Grundsätze zu vermeiden; vergl. auch bayr. Entw. Art. 418 Abs. 2 —, eine Abweichung von jenen Grundsätzen nicht rechtfertigen; denn es leuchtet nicht ein, weshalb dem Miether, der ohne den Verpflichtungswillen Verwendungen gemacht hat, ausnahmsweise der Ersatzanspruch zustehen soll. Von größerer Bedeutung sind die Gründe für eine Beschränkung der Ansprüche des Miethers. Das preuß. A. L. R. I, 21 §§ 280—286, sowie der hess. Entw. Art. 169 Abs. 2 machen diese Ansprüche von der Genehmigung der Verwendung durch den Vermiether abhängig. Es wird besorgt, daß ohne diese Voraussetzung eine Menge von Streitigkeiten entstehen und der Vermiether der Gefahr ausgesetzt werden würde, mit böswilligen oder in bedrängter Lage sich befindenden Miethern in langwierige Prozesse zu gerathen. Allein auch dieser Grund ist nicht von der Bedeutung, daß er eine singuläre Vorschrift zu rechtfertigen vermag, die den Miether weit nachtheiliger stellt, als jeden Dritten, und den Vermiether — in Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen — auf Kosten des Miethers in erheblichem Maße begünstigt. Zu beachten bleibt auch, welche den Vermiether wenig gefährdende Gestaltung die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag in dem Entwurfe erhalten haben. Auf dem Boden des Entwurfes stehen in dieser Beziehung außer dem österr. und dem sächs. G. B. auch der bayr. und der dresd. Entwurf, sowie, wenigstens nach der herrschenden Meinung, das gemeine Recht. Der code civil und das schweiz. Bd. Ges. enthalten über die Ansprüche des Miethers auf Ersatz von Verwendungen überhaupt keine besonderen Bestimmungen (vergl. auch die §§ 553, 1010). Im Anschlusse an das gemeine Recht (l. 19 § 4 D. loc. 19, 2), das sächs. G. B. § 1201, den hess. Entw. Art. 169 Abs. 2 verb. mit Tit. IV Art. 29, den bayr. Entw. Art. 418 Abs. 3 und den dresd. Entw. Art. 557 gewährt der Abs. 2 dem Miether, welcher nicht nothwendige Verwendungen auf die Sache gemacht hat, außerdem, unbeschadet der Vorschrift des § 520, das Recht, die durch eine Verwendung entstehende Einrichtung wegzunehmen. Dieses Recht wird von Belang, wenn durch die Verwendung eine Eigenthumserweiterung eingetreten ist, z. B. durch die unbefugte Errichtung eines Gebäudes (§§ 890, 782, 785), während es in anderen Fällen sich von selbst versteht. Ist in den ersteren Fällen für den Miether von der Anwendung der Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag und

über die Bereicherung ohne Rechtsgrund nach Lage der Sache ein günstiges Ergebniß nicht zu erwarten, so entspricht das Recht der Wegnahme nur der Billigkeit, da die Verwendung regelmäßig durch das Miethverhältniß veranlaßt sein wird und der Vermiether ein Mehreres nicht verlangen kann, als daß er die Sache in dem Zustande zurückerhält, in welchem sich dieselbe bei der Einräumung an den Miether befunden hat.

Der Abs. 3 trifft nach dem Vorgange des bayr. Entw. Art. 417 Abs. 2 (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 21 § 274) im Interesse des Miethers für den Fall, daß der Vermiether mit der ihm obliegenden Vornahme einer Ausbesserung oder Einrichtung im Verzuge ist, die besondere Vorsorge, daß der Miether das Recht haben soll, diese Vornahme selbst zu bewirken und den Ersatz der dazu erforderlich gewesenen Kosten von dem Vermiether zu verlangen. Es kann sich allerdings fragen, ob diese Bestimmung nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen folgt, nämlich aus den Grundsätzen über Bereicherung ohne Rechtsgrund (§§ 742—744) und aus dem Prinzipe, daß der Inhalt der kontraktlichen Verbindlichkeiten sich mit Rücksicht auf Treue und Glauben bestimmt (§ 359). Bei der großen praktischen Wichtigkeit des Falles ist es jedoch rathsam, durch eine ausdrückliche Vorschrift klares Recht zu schaffen. Die Bestimmung empfiehlt sich außerdem auch deshalb, weil sie auf ein allgemeines Prinzip hinweist, welches Praxis und Wissenschaft auf andere verwandte Fälle anwenden werden, welches aber wegen der einer angemessenen Formulirung entgegenstehenden Schwierigkeiten in das Gesetzbuch nicht aufgenommen werden kann. Dem Vermiether obliegende Ausbesserung.

Einzelne neuere Gesetzgebungswerke (österr. G. B. § 1097; hess. Entw. Art. 170 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 457, dresd. Entw. Art. 575) unterwerfen den Anspruch des Miethers auf Ersatz von Verwendungen einer kurzen Verjährung; für eine solche besondere Bestimmung kann jedoch ein genügendes Bedürfniß nicht anerkannt werden. Verjährung.

§ 515.

Die aus der Natur der Sache sich ergebende Bestimmung des § 515 steht mit dem gemeinen Rechte im Einklange; sie findet sich auch in den meisten neueren Gesetzgebungswerken (l. 32 § 6 D. de admin. tut. 26, 7; preuß. A. L. R. I, 21 § 288; österr. G. B. § 1099; sächs. G. B. § 1202; schweiz. Bd. Ges. Art. 282; hess. Entw. Art. 170, bayr. Entw. Art. 420, dresd. Entw. Art. 558). Lasten und Abgaben.

§ 516.

Nach gemeinem Rechte (l. 6 Cod. de loc. et cond. 4, 65), dem österr. G. B. § 1098, dem code civil Art. 1717, dem sächs. G. B. § 1194, dem schweiz. Bd. Ges. Art. 285, dem hess. Entw. Art. 158 und dem dresd. Entw. Art. 559 steht dem Miether grundsätzlich das Recht zu, die gemiethete Sache wieder zu vermiethen, sofern nicht aus dem Vertrage ein Anderes erhellt. Nach dem preuß. A. L. R. I, 21 §§ 309—312 ist der Miether nicht befugt, Untermiethe. Geltendes Recht.

den ihm eingeräumten Gebrauch der Sache einem Anderen ohne Einwilligung des Vermiethers zu überlassen, insbesondere auch nicht durch weiteres Vermiethen; verweigert jedoch der Vermiether seine Einwilligung, so kann der Miether auch vor Ablauf der vertragsmäßigen Miethzeit kündigen, es sei denn, daß der anzunehmende Untermiether ein unehrbares oder ein dem Hause oder der Wohnung schädliches Gewerbe treibt. Der bayr. Entw. Art. 433 giebt dem Miether das Recht, den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen, sofern nicht erhebliche Einwendungen gegen die Person des letzteren begründet sind.

Entwurf. In dem Entwurfe ist die Zulässigkeit der Untermiethe ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Vermiethers angenommen, da sie den allgemeinen Grundsätzen entspricht, insbesondere mit den Grundsätzen des Entwurfes über die Zulässigkeit der Uebertragung von Forderungen (§ 293) in Einklang steht. Es ist jedoch nicht, wie in den meisten der neueren Gesetzgebungswerke, der Miether für befugt erklärt, weiter zu vermiethen, sondern das dieser Bestimmung zu Grunde liegende Prinzip auszusprechen, daß der Miether überhaupt den vertragsmäßigen Gebrauch einem Anderen überlassen kann. Dieses Recht steht dem Miether jedoch nur dann zu, wenn nicht ein Anderes vereinbart ist. Dies besonders hervorzuheben, empfiehlt sich um deswillen, weil das Recht, den Gebrauch einem Dritten zu überlassen, in vielen Fällen weniger auf Grund einer ausdrücklichen Vereinbarung, als vielmehr auf Grund einer stillschweigenden, aus den Umständen zu entnehmenden Uebereinkunft wird verneint werden müssen. Ueberflüssig erscheint dagegen der in verschiedenen neueren Gesetzgebungswerken sich findende Vorbehalt, daß durch die Ueberlassung des Gebrauches an einen Anderen der vertragsmäßige Gebrauch nicht geändert oder daß dadurch eine dem Vermiether nachtheilige Veränderung nicht bewirkt werden dürfe (österr. G. B. § 1098; sächs. G. B. § 1194; schweiz. Bd. Ges. Art. 285; dresd. Entw. Art. 559), da es selbstverständlich ist, daß der Miether nur denjenigen Gebrauch, welcher ihm zusteht, einem Anderen überlassen kann. Der § 516 spricht nur von der Ueberlassung des vertragsmäßigen Gebrauches.

Abtretung der Rechte des Miethers. Indem der § 516 die Ueberlassung des Gebrauches der Sache durch den Miether an einen Anderen gestattet, sind zugleich die dem Miether aus dem Miethvertrage zustehenden obligatorischen Rechte für abtretungsfähig erklärt. In der Vereinbarung, nach welcher der Miether den Gebrauch an einen Anderen nicht überlassen darf, wird jedoch im Zweifel auch die Untersagung der Abtretung der Miethrechte, und umgekehrt, zu finden sein (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 285 Abs. 3). Bestimmt der Miethvertrag eine solche Nichtübertragbarkeit dieser Rechte, so ist die Abtretung derselben dergestalt wirkungslos, daß auch derjenige, welchem abgetreten ist, keine Rechte gegen den Vermiether erlangt. Zwar schreibt der § 295 Abs. 2 vor, daß durch Rechtsgeschäft die Uebertragbarkeit einer Forderung mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden kann; allein, wenn die Uebertragbarkeit der Miethrechte im Sinne der Unzulässigkeit der Ueberlassung des Gebrauches an einen Dritten vereinbart wird, so wird damit ausgesprochen, daß die Miethrechte, welche nach ihrer Natur höchst persönliche sein können, gerade nur als solche eingeräumt

werden. Solche Ansprüche sind aber der Uebertragbarkeit nach dem in Abs. 1 des § 295 enthaltenen Prinzipe mit Wirkung gegen Dritte entzogen.

Haftung für Verschulden des Untermiethers.

Der Abs. 2 bestimmt sodann — abweichend vom gemeinen Rechte und dem sächs. G. B. § 1193, aber in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungswerken (österr. G. B. § 1111; code civil Art. 1735; schweiz. Bd. Ges. Art. 285 Abs. 2; hess. Entw. Art. 176, bayr. Entw. Art. 433 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 562 Abs. 2), daß der Miether, wenn er den Gebrauch an einen Anderen überläßt, dem Vermiether in Ansehung der Erfüllung seiner Verpflichtungen wegen des Verschuldens des Anderen ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden haftet. Diese durch die Bedürfnisse des Verkehres gebotene strengere Haftung des Miethers entspricht der Vorschrift des § 224 Abs. 2. Hat der Miether den Gebrauch unstatthafter Weise an einen Anderen überlassen, so tritt nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 224 Abs. 1, § 218; vergl. auch § 251) insofern eine noch strengere Haftung ein, als er auch den durch die Ueberlassung des Gebrauches an den Dritten entstandenen zufälligen Schaden zu vertreten hat, sofern nicht erhellt, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch ohne die Vertragswidrigkeit entstanden sein würde (bayr. Entw. Art. 435).

Unbefugte Untermiethe.

Wegen des dem Vermiether im Falle unbefugter Ueberlassung des Gebrauches an einen Dritten zustehenden Rücktrittsrechtes vergl. § 528 unter 1 nebst Motiven.

Beendigung der Untermiethe.

Nach dem Vorbilde des hess. Entw. Art. 190 und des bayr. Entw. Art. 454 (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 21 §§ 321, 322) enthält der dresd. Entw. Art. 574 für die Untermiethe noch die positive Vorschrift, daß mit der Miethe auch die Untermiethe endigt, daß aber, wenn der Miether die gemiethete Sache über die Dauer der Miethzeit in Untermiethe gegeben hat, der Untermiether, sofern er die Zeitbeschränkung bei der Schließung der Untermiethe nicht gekannt hat, von dem Untervermiether wegen Nichterfüllung des Vertrages Schadensersatz verlangen kann. In dem Entwurfe ist eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen. Es ist nicht abzusehen, weshalb das Ende der Miethe das obligatorische Recht des Untermiethers gegen den Hauptmiether auf Gebrauchsgewährung endigen soll. Auch liegt kein genügender Grund vor, für den Fall, daß der Hauptmiether wegen eines Mangels in seinem Rechte nicht im Stande ist, dem Untermiether den Gebrauch der Sache über die Dauer der Hauptmiethe hinaus zu gewähren, das Recht des Untermiethers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen — durch eine Aenderung der Beweislast zu beschränken.

Räumungsklage gegen den Untermiether.

Eine andere Frage ist, inwiefern der Hauptvermiether nach der Beendigung der Hauptmiethe gegen den Untermiether die Räumung erzwingen kann. Ist der Hauptvermiether Eigenthümer der vermietheten Sache, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß er nach Beendigung der Hauptmiethe gegen den Untermiether sein Eigenthum wirksam geltend machen und die Räumungsklage sowohl gegen den Hauptmiether, als gegen den Untermiether anstellen, auch, wenn er nur gegen den Hauptmiether kraft seines dinglichen Rechtes ein verurtheilendes Erkenntniß erstritten hat, dieses gegen den Untermiether, welcher erst während der Rechtshängigkeit zur Inhabung der Sache gelangt ist, voll-

strecken lassen kann (§ 192 d. E.; § 236 der C. P. O.). Steht dagegen dem Hauptvermiether das Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht an der Sache nicht zu, vermöge dessen er von jedem Inhaber die Herausgabe derselben verlangen kann, so ist er kraft seines obligatorischen Rechtes nur gegen den Hauptmiether auf Räumung zu klagen in der Lage, und es fragt sich, ob das Räumungsurtheil, welches der Hauptvermiether kraft seines obligatorischen Rechtes gegen den Hauptmiether erstritten hat, auch gegen den Untermiether rechtskräftig und vollstreckbar wird. Dies muß nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 192; § 236 der C. P. O.) für den Fall, daß der Untermiether zur Inhabung der Sache bereits vor dem gegen den Hauptmiether angestrengten Prozesse gelangt ist, verneint werden. Hat dagegen der Untermiether erst während der Rechtshängigkeit die Inhabung erlangt, so hängt die Entscheidung, ob das Räumungsurtheil gegen den Untermiether rechtskräftig und vollstreckbar wird, davon ab, ob anzunehmen ist, daß der Untermiether Inhaber eines in Streit befangenen Gegenstandes im Sinne des § 192, § 236 der C. P. O. geworden sei. Es fehlt an genügenden Gründen, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen nach dem Vorbilde der österr. Verordn. v. 16. November 1858 § 21 positiv ganz allgemein zu bestimmen, daß das Räumungsurtheil, welches der Hauptvermiether gegen den Hauptmiether erstritten hat, auch gegen den Untermiether rechtskräftig und vollstreckbar wird. Andererseits ist es aber auch nicht rathsam, eine Bestimmung aufzunehmen, welche als eine Deklaration des § 236 der C. P. O. aufgefaßt werden könnte, zumal kein Grund obwaltet, den § 236, falls er mit der gewöhnlichen Ansicht nur auf dingliche Klagen und sog. actiones in rem scriptae zu beziehen sein sollte, nur in Beziehung auf das Untermiethverhältniß zu erweitern.

§ 517.

Miethzins. Zeit der Entrichtung. Der in § 517 ausgesprochene Grundsatz, daß der Vermiether in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung vorzuleisten hat, ist in dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen allgemein anerkannt (l. 24 § 2 D. loc. 19, 2; preuß. A. L. R. I, 21 § 297; sächs. G. B. § 1204; österr. G. B. § 1100; schweiz. Bd. Ges. Art. 286; hess. Entw. Art. 171; bayr. Entw. Art. 421; dresd. Entw. Art. 560); doch haben die meisten neueren Gesetzeswerke, ohne in dieser Beziehung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zu unterscheiden, bestimmte Zahlungstermine festgesetzt, an denen in Ermangelung einer anderen Verabredung der Miether den Miethzins schon während der Miethzeit ratenweise postnumerando zu entrichten hat. Nur der bayr. Entw. und der dresd. Entw. führen jenen Grundsatz in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte in der Art durch, daß der Miethzins in Ermangelung einer anderen Vereinbarung erst am Ende der ganzen Miethzeit zu bezahlen ist, jedoch gleichfalls nur mit Ausnahme des Falles, daß der Miethzins nach bestimmten Zeitabschnitten bemessen ist, in welchem Falle der Miethzins nach Ablauf eines solchen Zeitabschnittes entrichtet werden soll.

Vorleistungspflicht des Vermiethers. Auch der § 517 geht von der Regel aus, daß der Miether den Miethzins erst nach Gewährung des Gebrauches während der ganzen Miethzeit zu

entrichten hat. Ist jedoch der Miethzins nach bestimmten Zeitabschnitten bemessen, so entspricht es der nach der Verkehrssitte einer solchen Bemessung beiwohnenden Bedeutung, daß der Miethzins je nach Ablauf des einzelnen Zeitabschnittes entrichtet werden muß.

Im Uebrigen liegt kein Bedürfniß vor, bei der Miethe beweglicher Sachen von der Regel abzuweichen. Dagegen ist die Bestimmung, daß bei der Miethe eines Grundstückes der Miethzins, sofern er nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen worden ist, je nach Ablauf eines Kalendervierteljahres am ersten Tage der Monate Januar, April, Juli, Oktober entrichtet werden muß, angemessen und durch ein Bedürfniß geboten, weil bei der Miethe eines Grundstückes in Deutschland fast allgemein die Entrichtung des Miethzinses in vierteljährigen Raten üblich ist und jene Bestimmung in gewissem Zusammenhange mit dem Räumungstermine (§ 522 Abs. 3) steht, in letzterer Beziehung aber die Begründung eines einheitlichen Rechtes schon zur Erleichterung des Umzuges von Ort zu Ort sich als nöthig erweist. Dazu kommt die Rücksicht auf die Entrichtung der Hypothekenzinsen, die vielfach in ähnlicher Weise gezahlt zu werden pflegen. Daß, wenn die Miethe im Laufe eines Kalendervierteljahres begonnen hat, der Miethzins für die in dieses Quartal fallende Zeit im Beginne des nächsten Kalendervierteljahres, also zum ersten Male nicht für ein volles Vierteljahr, entrichtet werden muß (vergl. sächs. G. B. § 1204), braucht als selbstverständlich nicht besonders ausgesprochen zu werden. Grundstücksmiethe.

Einzelne Gesetzgebungswerke verweisen wegen der Zahlungszeit des Miethzinses noch auf den Ortsgebrauch (schweiz. Bd. Ges. Art. 286; hess. Entw. Art. 171, bayr. Entw. Art. 421, dresd. Entw. Art. 560). Selbstredend ist der Ortsgebrauch für die Auslegung des Parteiwillens von großer Bedeutung, eine besondere Hinweisung darauf aber entbehrlich (vergl. § 359). Ein genügender Grund, mit dem dresd. Entw. Art. 560 einen landesgesetzlichen Vorbehalt zuzulassen, ist nicht anzuerkennen. Ortsgebrauch.

§ 518.

Aus der Vorleistungspflicht des Vermiethers (§§ 505, 508, 517) in Verbindung mit den allgemeinen Bestimmungen über die Leistungspflicht aus gegenseitigen Verträgen (§§ 364, 368) folgt, daß der Vermiether den Miethzins verlangen kann, sofern er seinerseits vorgeleistet hat oder seine Leistung in Folge eines von dem Miether zu vertretenden Umstandes oder, nachdem der Miether in Verzug der Annahme gekommen, unmöglich geworden ist, unbeschadet der besonderen Vorschriften des § 365 über die Verurtheilung des Schuldners aus einem gegenseitigen Vertrage und der Vollstreckung des ergangenen Urtheiles. Vorleistungspflicht des Vermiethers.

Der Vorleistungspflicht des Vermiethers wird nach den §§ 503, 504 dadurch Genüge geleistet, daß er dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch der vermietheten Sache gewährt. Eine solche Gewährung liegt aber schon vor, wenn der Vermiether den Miether auffordert oder es ihm überläßt, die Sache in Gebrauch zu nehmen, sofern der Ausübung des Gebrauches ein objektives Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauches.

Hinderniß nicht entgegensteht. Ob der Abschluß des Miethvertrages ausreicht, um die erste Voraussetzung als erfüllt anzusehen, oder ob dazu noch eine besondere Aufforderung oder Anzeige erforderlich ist oder ob sogar ein thatsächliches Anbieten, z. B. bei beweglichen Sachen durch Ueberbringen, hinzutreten muß, hängt von den Umständen ab. Dagegen ist in keinem Falle erforderlich, daß der Miether den ihm gewährten Gebrauch wirklich macht.

Nichtausübung seitens des Miethers,

Ein Zweifel kann sich im Hinblicke darauf, daß der Vermiether den Zufall trägt, nur nach der Richtung hin erheben, ob der Vermiether auch dann Anspruch auf den Miethzins hat, wenn der Miether aus einem in seiner Person liegenden Grunde den Gebrauch auszuüben verhindert ist. In dieser Beziehung ist daher eine besondere Bestimmung nöthig. Im Einklange mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen (l. 61 § 1 D. loc. 19, 2; preuß. A. L. R. I, 21 § 299; österr. G. B. § 1107; sächs. G. B. § 870; schweiz. Bd. Ges. Art. 279; bayr. Entw. Art. 422, dresd. Entw. Art. 561) bejaht der § 518 jene Frage.

Verhinderung,

durch den Vermiether.

Voraussetzung für die Verpflichtung des Miethers bleibt jedoch immer die Gewährung des Gebrauches. Die Verpflichtung fällt daher fort, wenn der Vermiether sich außer Stand gesetzt hat, dem Miether den Gebrauch zu gewähren, wenn er z. B. einen nicht zu jeder Zeit lösbaren Miethvertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat (vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 279). Der dresd. Entw. Art. 561 geht weiter, indem er bestimmt, daß der Vermiether den Miethzins schon dann nicht verlangen kann, wenn er selbst die Sache gebraucht oder dieselbe einem Dritten zum Gebrauche überlassen hat. Die dieser Bestimmung zu Grunde liegende Auffassung, daß in jeder anderweiten Verwerthung des Gebrauches schon an sich eine Nichterfüllung der Vorleistungspflicht liege, kann aber als richtig nicht anerkannt werden.

Abzug am Miethzinse.

Aus Gründen der Billigkeit ist jedoch dem Miether zu gestatten, den von dem Vermiether aus einer anderweiten, den Anspruch auf den Miethzins nicht aufhebenden Verwerthung des Gebrauches erlangten Vortheil in Abzug zu bringen. Dasselbe gilt von dem Geldwerthe der dem Vermiether durch die Nichtausübung des Gebrauchsrechtes ersparten Aufwendungen. Der Vermiether soll in dem Falle des § 518 zwar das haben, was er gehabt hätte, wenn der Miether in der Ausübung des Gebrauchsrechtes nicht verhindert worden wäre, aber auch nicht mehr als dieses (vergl. auch l. 19 §§ 9, 10, l. 55 § 2 D. loc. 19, 2).

§ 519.

Obhut über die Sache.

Die im § 519 vorgeschriebene Anzeigepflicht des Miethers ist ein Ausfluß der demselben im Interesse des Vermiethers obliegenden Obhut in Ansehung der gemietheten Sache. Bei der großen praktischen Wichtigkeit der Frage aber und mit Rücksicht darauf, daß es zweifelhaft sein kann, ob die Anzeigepflicht für den Fall, daß ein Dritter sich ein Recht an der Sache anmaßt, mag diese Anmaßung das Recht des Miethers beeinträchtigen oder nicht, sich schon aus der Verpflichtung zur Obhut in Ansehung der Sache ableiten läßt, ist es nach dem Vorgange verschiedener neuer Gesetzgebungswerke (sächs. G. B. § 1206; schweiz. Bd. Ges. Art. 284; hess. Entw. Art. 168, 177, bayr. Entw.

Anzeigepflicht des Miethers,

Art. 417, 427, dresd. Entw. Art. 564) für rathsam erachtet, die in Rede stehende Anzeigepflicht ausdrücklich auszusprechen (vergl. auch § 996). Der dresd. Entw. Art. 564 (vergl. auch hess. Entw. Art. 177, bayr. Entw. Art. 427) hebt besonders hervor, daß die Anzeigepflicht wegfällt, wenn der Vermiether ohnedies Kenntniß von den betreffenden Thatsachen hat. Ein solcher Zusatz ist indessen um so überflüssiger, als im § 519 an die Unterlassung der Benachrichtigung die Verpflichtung zum Ersatze des dadurch entstandenen Schadens geknüpft ist, ein solcher aber aus jener Unterlassung bei der Voraussetzung, daß der Vermiether unterrichtet gewesen ist, nicht entstehen kann (vergl. auch die Mot. zu § 503). Aus der Haftung des Miethers für den durch die Unterlassung der Anzeige entstandenen Schaden folgt namentlich, daß der Miether im Falle der Versäumung der Anzeige einer nöthigen Ausbesserung auf Grund des § 505 Minderung des Miethzinses für diejenige Zeit nicht beanspruchen kann, während welcher er, wenn er die Anzeige rechtzeitig erstattet und dadurch den Vermiether in die Lage versetzt hätte, die Ausbesserung zu besorgen, in seinem Gebrauchsrechte nicht würde beeinträchtigt worden sein.

Der dresd. Entw. enthält, so viel die dem Miether während der Miethzeit obliegenden Verpflichtungen betrifft, im Anschlusse an ähnliche auch in anderen neueren Gesetzgebungswerken sich findenden Bestimmungen (vergl. namentlich preuß. A. L. R. I, 21 §§ 270, 271, 278, 279; österr. G. B. §§ 1098, 1111; code civil Art. 1728; sächs. G. B. §§ 1191, 1193, 1203, 1205; hess. Entw. Art. 174, 175, bayr. Entw. Art. 424—426) noch die weiteren Vorschriften, in Art. 562 Abs. 1, daß der Miether die gemiethete Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu behandeln hat, ferner in Art. 563, daß der Miether von den gemietheten Sachen nur den vertragsmäßigen Gebrauch machen kann, dieser Gebrauch aber, wenn derselbe durch den Vertrag nicht bestimmt ist, sich nach der Beschaffenheit der gemietheten Sache und nach dem Zwecke richtet, zu welchem dieselbe bestimmt ist (vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 283). Derartige Bestimmungen sind, weil selbstverständlich, nicht aufgenommen (vergl. auch §§ 520, 359, 224 Abs. 1, § 144 Abs. 1). *sonstige Pflichten des Miethers.*

§ 520.

Die mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 12—14; österr. G. B. § 1109; code civil Art. 1730, 1731; sächs. G. B. § 1208; hess. Entw. Art. 179; bayr. Entw. Art. 429, 430; dresd. Entw. Art. 565) im Einklange stehende Bestimmung des § 520 entspricht der Natur des Miethvertrages sowie den allgemeinen Grundsätzen über die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit (§§ 503, 504, 224; vergl. auch §§ 554, 1007). Der in einzelnen Gesetzgebungen (sächs. G. B. § 1208; hess. Entw. Art. 179, dresd. Entw. Art. 565) sich findende Zusatz, daß der Miether die gemiethete Sache „sammt Zubehörungen" zurückzugeben habe, ist entbehrlich, aber auch insofern nicht einmal ganz richtig, als er mit dem Rechte der Wegnahme, welches dem Miether in § 514 Abs. 2 eingeräumt ist, nicht in vollem Einklange stehen würde. *Rückgabe der Sache.*

Ein Bedürfniß, nach dem Vorbilde des preuß. A. L. R. I, 21 § 397 und des bayr. Entw. Art. 432, dem Miether das ihm nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 233, 234, 938) wegen seiner fälligen Gegenansprüche aus dem Miethverhältnisse, insbesondere wegen seiner Verwendungen, zustehende Zurückbehaltungsrecht an der gemietheten Sache durch eine positive Vorschrift zu versagen, kann nicht anerkannt werden, zumal der Zweck einer solchen Vorschrift, Chikanen des Miethers entgegenzutreten, auf diesem Wege doch nur unvollkommen erreicht werden würde. Bei der Pacht erkennt auch das preuß. Recht (A. L. R. I, 21 § 396) das Zurückbehaltungsrecht des Pächters an. Ebensowenig ist es erforderlich, darüber eine Bestimmung aufzunehmen, ob und inwieweit der Miether den Anspruch des Vermiethers auf Rückgabe der gemietheten Sache durch den Einwand zurückschlagen kann, daß ihm das Eigenthum an der Sache zustehe (vergl. l. 25 Cod. de loc. et cond. 4, 65; österr. G. B. § 1109; sächs. G. B. § 1227 verb. mit § 1184; hess. Entw. Art. 180, bayr. Entw. Art. 431, dresd. Entw. Art. 566). Daß die Verbindlichkeit des Miethers zur Rückgabe der gemietheten Sache jedenfalls dann wegfällt, wenn der Vermiether nach der Vermiethung der Sache dem Miether das Eigenthum an derselben überlassen hat, kann einem Zweifel nicht unterliegen. In dem Entwurfe ist aber weiter davon ausgegangen, daß der Miether auch dann, wenn er während der Miethzeit von einem Dritten das Eigenthum an der vermietheten Sache erwirbt, sich gegen den Anspruch des Vermiethers auf Rückgabe der Sache erfolgreich mit der Einrede vertheidigen kann: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Dasselbe ist aus den in den Motiven zu § 503 dargelegten Gründen der Fall, wenn der Miether in Unkenntniß seines Eigenthumes die eigene Sache gemiethet hatte. Betrachtet man jedoch in einem solchen Falle den Miethvertrag als nichtig (vergl. darüber die Motive zu § 503), so stellt die Behauptung des Miethers, daß er in Unkenntniß seines Eigenthumes die eigene Sache gemiethet habe, gegenüber der Vertragsklage des Vermiethers auf Rückgabe der Sache sich als ein Leugnen des Klagegrundes dar.

Zurückbehaltungsrecht, Eigenthumsanspruch des Miethers.

Ueber die Zulässigkeit der Verurtheilung zur künftigen Räumung auf Grund der mit der Klage verbundenen oder derselben vorausgegangenen Kündigung vergl. § 190 Abs. 3.

§ 521.

Sicherungsrechte des Vermiethers.

Im Hinblicke auf das geltende Recht kann kein Zweifel darüber bestehen, daß dem Vermiether zur Sicherung wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage gegen den Miether ein besonderes Recht an den von dem Miether eingebrachten Sachen einzuräumen ist. Zweifelhaft kann nur sein, in welchem Umfange ein solches Recht anerkannt und wie das juristische Wesen desselben bestimmt werden soll, da in dieser Beziehung die bestehenden Rechte weit auseinandergehen.

Geltendes Recht.

Während im Anschlusse an das röm. und gemeine Recht (vergl. Entsch. d. R. G. in Straff. XIV 80) ein Theil der neueren Gesetzgebungen dem Vermiether wegen seiner Ansprüche aus dem Miethvertrage ein gesetzliches

Pfandrecht an den von dem Miether eingebrachten Sachen giebt (preuß. A. L. R. I, 21 § 395; österr. G. B. § 1101; anhalt. Ges. v. 13. April 1870 § 3; oldenb. Gesetze v. 3. April 1876 Art. 18, v. 28. Januar 1879 Art. 3 und v. 19. März 1879 Art. 3; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3 — vergl. dazu Entsch. d. R. G. in Straff. VI S. 322 —), haben andere neuere Gesetzgebungen mit der Aufhebung der sonstigen gesetzlichen Pfandrechte auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers beseitigt, statt dessen aber, wenigstens zum größten Theil, dem Vermiether ein Vorzugsrecht im Verhältnisse zu anderen Gläubigern auch außerhalb des Konkurses beigelegt (vergl. für die bayr. Landestheile rechts des Rheines bayr. Prioritätsordn. v. 1. Juni 1822 § 21 Nr. 3 und 4 und bayr. Ges. zur Ausf. der C. P. O. und Konk. O. v. 23. Februar 1879 Art. 140; für die großh. hessischen Provinzen Oberhessen und Starkenburg hess. Ges., das Pfandr. betr., v. 15. September 1858 Art. 5 und hess. Ges., die Ausf. der C. P. O. und der Konk. O. betr., v. 4. Juni 1879 Art. 42, 43; württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 1, 2, 245; hannov. Ges. über das Pfandr. 2c. v. 14. Dezember 1864 §§ 1, 43, 61 Nr. 4, verb. mit dem preuß. Ausf. Ges. zur Konk. O. v. 6. März 1879 § 7; hamb. Ges. v. 14. April 1882 § 1). Ob nach diesen letzteren Gesetzgebungen auch das mit dem gesetzlichen Pfandrechte nach dem früheren Rechte verbundene persönliche Retentionsrecht des Vermiethers an den von dem Miether eingebrachten Sachen aufgehoben ist, erscheint nicht unzweifelhaft. In Bayern (vergl. Entsch. d. R. G. in Straff. XI 65) und in Württemberg wird die Fortdauer dieses Retentionsrechtes angenommen; in Hannover ist dieselbe bestritten, von dem Reichsgerichte aber verneint (Entsch. d. R. G. in Straff. VI S. 301 ff). Landesgesetze.

In Uebereinstimmung mit den zuletzt gedachten Gesetzgebungen haben auch der bayr. Entw. Art. 423, das sächs. G. B. § 1228 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 294 dem Vermiether ein gesetzliches Pfandrecht nicht beigelegt; doch räumen sie demselben ein Retentionsrecht an den von dem Miether eingebrachten Sachen ein; dasselbe ist nur persönlicher Natur, schließt aber nach dem schweiz. Bd. Ges. (Art. 228) gleich einem Faustpfandrechte das Recht des Verkaufes zum Zwecke der Befriedigung in sich.

Einen Mittelweg hat die Gesetzgebung in den Gebieten des franz. Rechtes eingeschlagen. Dieselbe gewährt dem Vermiether an sich nur ein Vorzugsrecht; doch kann derselbe die ohne seine Einwilligung von dem Grundstücke entfernten Sachen innerhalb einer bestimmten kurzen Frist auch von dem dritten Besitzer zurückfordern (code civil Art. 2102 Nr. 1; bad. Ges., die Einf. der Reichsjustizgesetze betr., v. 3. März 1879 § 21; für die bayr. Pfalz vergl. bayr. Ges. zur Ausf. der C. P. O. und Konk. O. v. 23. Februar 1879 Art. 199, 200; für Rheinhessen vergl. hess. Ges., die Ausf. der C. P. O. und Konk. O. betr., v. 4. Juni 1879 Art. 102; für Elsaß-Lothringen Ges., betr. die Ausf. der C. P. O. und Konk. O., v. 8. Juli 1879 §§ 20, 22; für die preuß. Rheinprovinz Entsch. d. R. G. in Civils. VIII 25 S. 101, 102).

Die vorstehend mitgetheilten landesgesetzlichen Bestimmungen kommen nur außerhalb des Konkursverfahrens zur Anwendung. Für den Bereich des Konkursverfahrens ist allein die Bestimmung des § 41 Nr. 4 der Konk. O. maßgebend, welche dem Vermiether wegen der dort näher bezeichneten Ansprüche Konk. O.

aus dem Miethvertrage in Ansehung der von dem Miether eingebrachten Sachen ein Absonderungsrecht einräumt. Die meisten Landesgesetzgebungen haben aber in den Ausführungsgesetzen zu den Reichsjustizgesetzen jene Bestimmung der Konk. O. auch außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß des Vermiethers zu anderen Gläubigern des Miethers für entsprechend anwendbar erklärt, so daß die bisherigen landesgesetzlichen Vorschriften über die Sicherungsrechte des Vermiethers nur noch dem Miether und dritten, nicht zu den Gläubigern desselben gehörenden Personen gegenüber in Betracht kommen.

Entwurf: Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers

Der § 521 räumt dem Vermiether an den von dem Miether eingebrachten Sachen ein gesetzliches Pfandrecht ein, da eine solche Regelung allein geeignet ist, einfaches und klares Recht zu schaffen, während sie auf der anderen Seite zu praktischen Unzuträglichkeiten nicht führt. Um der verschiedene unhaltbare Konsequenzen nach sich ziehenden, im gemeinen Rechte (l. 4 pr. D. de pact. 2, 14, l. 3, l. 4 pr., l. 6 D. in quibus causis 20, 2) und auch in der preußischen Jurisprudenz (Entsch. d. R. O. H. G. XXI S. 131; Entsch. d. R. G. in Straff. III S. 61) vertretenen Auffassung zu begegnen, daß das Recht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen auf einer stillschweigenden Verpfändung beruhe, bezeichnet der § 521 Abs. 1 Satz 1 das dem Vermiether eingeräumte Pfandrecht ausdrücklich als ein gesetzliches Pfandrecht. Aus der Bezeichnung des Rechtes des Vermiethers als eines gesetzlichen Pfandrechtes folgt ferner, daß auf dasselbe, vorbehaltlich der besonderen Vorschriften des § 521, die allgemeinen Vorschriften des dritten Buches über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§§ 1145 ff.) Anwendung finden, soweit dieselben nicht ein durch Rechtsgeschäft begründetes Pfandrecht voraussetzen.

Im Einzelnen ist über die Voraussetzungen und den Inhalt des dem Vermiether nach § 521 zustehenden Pfandrechtes noch Folgendes hervorzuheben:

bei Grundstücksmiethe

Das Pfandrecht steht dem Vermiether nur zu, wenn der Miethvertrag ein Grundstück zum Gegenstande hat (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 395; code civil Art. 2102 Nr. 1; sächs. G. B. § 1228; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 294; Konk. O. § 41 Nr. 4). Ein Bedürfniß, daneben die Miethe einer Wohnung (bayr. Entw. Art. 423) noch besonders zu erwähnen, liegt nicht vor, wenngleich die Praxis Fälle aufweist, in welchen die Räumlichkeit einer beweglichen Sache, z. B. ein Schiffsraum, als Wohnung vermiethet wird.

an eingebrachten Sachen

Als Gegenstand des Pfandrechtes bezeichnet der § 521 die eingebrachten Sachen des Miethers. Die Beibehaltung des in der Wissenschaft und Praxis hergebrachten, auch in den meisten neueren Gesetzgebungen, insbesondere in dem § 41 Nr. 4 der Konk. O. gebrauchten und einen klaren und bestimmten Sinn ergebenden Ausdruckes „eingebrachte Sachen" kann einem Bedenken nicht unterliegen (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 395; österr. G. B. § 1101; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3; bayr. Ges. v. 23. Februar 1879 Art. 200;

des Miethers,

Ges. für Elsaß-Lothringen v. 8. Juli 1879 § 22). Der Zusatz „des Miethers" stellt aber das Prinzip außer Zweifel, daß einzig und allein die Sachen des Miethers dem Pfandrechte des Vermiethers unterworfen sind, daß namentlich die Sachen des Untermiethers dem Hauptvermiether in keiner Weise haften. In letzterer Beziehung weicht allerdings das geltende Recht zum Theil

ab (vergl. l. 5 pr. D. in quibus causis 20, 2; l. 11 § 5 D. de pign. act. 13, 7; anhalt. Ges. v. 13. April 1870 § 3, oldenb. Gesetze v. 3. April 1876 Art. 18, v. 28. Januar 1879 Art. 3 und v. 19. März 1879 Art. 3, braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3, bayr. Ges. v. 23. Februar 1879 Art. 200; sächs. G. B. § 1228; code civil Art. 1753 verb. mit code de proc. Art. 820; österr. G. B. § 1101; schweiz. Bd. Ges. Art. 295; bayr. Entw. Art. 434). Dagegen nimmt nach preuß. Rechte die herrschende Meinung und die Praxis an, daß die Illaten des Untermiethers dem Hauptvermiether nicht haften. Auch der Entwurf hat sich gegen eine solche Haftung entschieden, weil sie nur geeignet ist, ungerechtfertigte Härten und mißliche Verwickelungen hervorzurufen.

Zweifelhaft kann es dagegen sein, ob es sich nicht nach dem Vorbilde der zum preuß. A. L. R. I, 21 § 395 ergangenen Deklaration v. 21. Juli 1846 (vergl. auch das brem. Ges., betr. die Ausf. der deutschen Prozeßgesetze und der deutschen Konk. O., v. 25. Juni 1879 § 44) empfiehlt, das Pfandrecht des Vermiethers auch auf die eingebrachten Sachen der Ehefrau und der Kinder des Miethers zu erstrecken, sofern dieselben an dem Miethgebrauche theilnehmen. Dafür läßt sich geltend machen, daß ihnen die aus dem Miethvertrage für den Miether entspringenden Vortheile mit zu Gute kommen und daß andererseits die Vermiether erfahrungsmäßig erheblichen Benachtheiligungen ausgesetzt sind, wenn jene Ausdehnung nicht gilt. Indessen hat die letztere zur Folge, daß die Ehefrau und die Kinder — im Widerspruche mit den allgemeinen Grundsätzen — in gewissem Umfange mit ihrem Vermögen für die Schulden des Ehemannes oder Vaters einstehen oder aus eigenen Mitteln ein Bedürfniß bestreiten müssen, welches dem Ehemanne oder Vater zur Last fällt. Eine solche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen darf aber nur dann bestimmt werden, wenn das dringendste praktische Bedürfniß sie erfordert. Diese Voraussetzung kann aber nach den in großen Rechtsgebieten, namentlich in den Gebieten des gemeinen Rechtes und des sächs. G. B., gemachten Erfahrungen nicht anerkannt werden, Dazu kommt, daß die für den Vermiether zu besorgende Gefahr durch die reichsgesetzlichen Rechtsnormen über die actio Pauliana (Konk. O. § 24 Nr. 2; Ges. v. 21. Juli 1879 § 2 Nr. 2), sowie in Ansehung des Frauengutes durch die Bestimmung des § 1282 und durch das Prinzip der Formfreiheit der Verträge, welches den Abschluß des Miethvertrages zugleich mit der Ehefrau erleichtert, erheblich vermindert wird. nicht an Sachen α. seiner Ehefrau und Kinder,

Einzelne Gesetzgebungen gewähren dem Vermiether auch an den von dem Miether eingebrachten Sachen dritter Personen, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen, dann ein Pfandrecht, wenn der Vermiether zur Zeit der Einbringung der Sachen in gutem Glauben war (code Art. 2102 Nr. 4, 2279; bayr. Ges. v. 23. Februar 1879 Art. 200; österr. G. B. § 1101; schweiz. Bd. Ges. Art. 294). Ein Bedürfniß zu dieser Ausdehnung des Grundsatzes „Hand wahre Hand" ist jedoch nicht anzuerkennen. Nach dem Entwurfe findet derselbe auf gesetzliche Pfandrechte überhaupt keine Anwendung (§§ 1147, 1152). β. Dritter,

Von der Regel, daß die eingebrachten Sachen des Miethers dem Pfandrechte des Vermiethers unterliegen, macht der Abs. 1 nach dem Vorgange verschiedener neuerer Gesetzgebungen eine Ausnahme in Ansehung derjenigen Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind (vergl. sächs. G. B. γ. unpfändbaren Sachen,

§ 1228; anhalt. Ges. v. 13. April 1870 § 3; oldenb. Gesetze v. 3. April 1876 Art. 18, v. 28. Januar 1879 Art. 3 und v. 19. März 1879 Art. 3; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 294). Ob diese Ausnahme auch nach gemeinem Rechte gilt, ist bestritten. Das Reichsgericht hat die Frage verneint. Ebenso haben nach preuß. Rechte Doktrin und Praxis gegen jene Ausnahme sich erklärt (Entsch. d. R. G. in Straff. III 24 S. 61, IV 73 S. 198 ff.). Die abweichende Praxis in den Gebieten des gemeinen und preuß. Rechtes hängt indessen mit der von dem Entwurfe nicht gebilligten Auffassung zusammen, daß das Recht des Vermiethers auf einer stillschweigenden Verpfändung beruhe. Vom Standpunkte des Entwurfes aus würde es inkonsequent sein, ein gesetzliches Pfandrecht in Betreff derjenigen Sachen zuzugestehen, deren Abpfändung aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt und im öffentlichen Interesse gesetzlich verboten ist (vergl. auch die §§ 288, 296).

wegen aller Ansprüche aus dem Miethsvertrage,

Anlangend den Umfang der durch das Pfandrecht gesicherten Ansprüche des Vermiethers, so ist in dem Entwurfe in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen (preuß. A. L. R. I, 21 § 395 und dazu Entsch. d. R. G. in Civils. XIII 60; code civil Art. 2102 Nr. 1 — bei authentischen Miethverträgen —; anhalt. Ges. v. 13. April 1870 § 3; oldenb. Gesetze v. 3. April 1876 Art. 18, v. 28. Januar 1879 Art. 3 und v. 19. März 1879 Art. 3; bayr. Entw. Art. 423) dem Vermiether das Pfandrecht wegen aller Forderungen aus dem Miethvertrage gegeben.

auch wegen künftigen Miethzinses;

Einzelne Gesetzgebungen beschränken allerdings den Umfang des Pfandrechtes in dieser Beziehung und versagen dem Vermiether das Pfandrecht bezw. Retentionsrecht namentlich wegen des künftigen Miethzinses, der nicht zu dem laufenden gehört (vergl. sächs. G. B. § 1228, verb. mit § 767; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3; hamb. Ges. v. 14. April 1882; schweiz. Bd. Ges. Art. 294), und auch die Konk. O. § 41 Nr. 4 redet nur von dem laufenden und dem für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens rückständigen Miethzinse und von anderen Forderungen aus dem Miethverhältnisse. Diese Bestimmung der Konk. O., sofern sie rücksichtlich der künftigen Zinsen in der That eine Beschränkung ergeben sollte (vergl. dagegen Entsch. d. R. G. in Civils. XIII 60), kann jedoch bei der Entscheidung der vorliegenden Frage nicht zum Anhalte oder Vorbilde dienen. Der Grund liegt in der Einwirkung, welche die Eröffnung des Konkurses auf den Fortbestand des Miethverhältnisses äußert (§ 17 Nr. 2 der Konk. O.). Würde das Pfandrecht wegen des künftigen Zinses außerhalb des Konkurses versagt, so würde sich hieraus eine theilweise und höchst bedenkliche Vereitelung des Zweckes des Gesetzes ergeben. Der Vermiether, welcher sich auf längere oder kürzere Zeit gebunden und weder rückständigen noch laufenden Zins zu fordern hätte, müßte alsdann jedem Exekutionsgläubiger gegenüber dulden, daß der Erlös aus den gepfändeten eingebrachten Sachen des Miethers zur Befriedigung des Exekutionsgläubigers verwendet würde und daß er selbst in Folge dessen wegen des künftigen Zinses die bei Eingehung des Miethverhältnisses vorausgesetzte Sicherheit verlöre. Ein Gegengrund gegen den Standpunkt des Entwurfes, welcher das Pfandrecht auch wegen des künftigen Zinses unbeschränkt

anerkennt, kann auch aus den Vorschriften der §§ 709, 710 der C. P. O. nicht hergeleitet werden (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. XIII 60). Sollten aber diese Vorschriften ein abweichendes Verständniß in der That zulassen, so ist es aus den oben erwähnten Gründen dringend geboten, diesem Verständnisse durch eine Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches entgegenzutreten. Anzuerkennen ist allerdings, daß das nach Abs. 2 Satz 2 mit dem Pfandrechte verbundene Recht des Vermiethers, die Wegschaffung der dem Pfandrechte unterworfenen Sachen zu hindern, für den Miether schwere Uebelstände hervorzurufen geeignet ist, und daß diese Uebelstände noch verschärft werden, wenn das Pfandrecht auch wegen des künftigen Miethzinses oder wegen sonstiger künftiger Ansprüche des Vermiethers aus dem Miethvertrage zusteht, deren Erledigung durch Befriedigung des Vermiethers dem Miether nicht angesonnen werden kann. Diese Uebelstände zeigen sich indessen — obschon nur in geringerem Maße — auch dann, wenn das Pfandrecht wegen des künftigen Miethzinses und anderer künftiger Ansprüche aus dem Miethvertrage versagt wird. Andererseits hat der Entwurf diesen Uebelständen durch die Bestimmung des Abs. 2 Satz 1, daß der Vermiether der Entfernung derjenigen Sachen nicht widersprechen kann, zu deren Entfernung der Miether im regelmäßigen Betriebe seines Geschäftes oder dadurch veranlaßt wird, daß die gewöhnlichen Lebensverhältnisse die Entfernung mit sich bringen, sowie durch die weitere dem § 234 entsprechende Vorschrift, daß die Ausübung des gesetzlichen Pfandrechtes in der in Abs. 5 des § 521 bezeichneten Art durch Sicherheitsleistung (vergl. §§ 200—203) abgewendet werden kann, thunlichst abzuhelfen gesucht.

Im Einklange mit der Konk. O. § 41 Nr. 4 und denjenigen Landesgesetzen, welche diese Bestimmung der Konk. O. auch außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß der Gläubiger unter einander ausgedehnt haben, ist in Abs. 5 jedoch die Beschränkung anerkannt, daß, wenn eine dem Pfandrechte des Vermiethers unterliegende Sache für einen anderen Gläubiger gepfändet wird, diesem gegenüber das Pfandrecht wegen desjenigen Miethzinses nicht geltend gemacht werden kann, welcher auf eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung entfällt. Zu dieser Beschränkung nöthigen die Gründe, auf welchen jene Bestimmung der Konk. O. beruht. *bei Pfändung durch Dritte,*

Der Einfluß, welchen die Entfernung der eingebrachten Sachen von dem Grundstücke auf das Recht des Vermiethers äußert, ist in den geltenden Rechten verschieden bestimmt. Nach gemeinem Rechte erlischt das Pfandrecht des Vermiethers nicht mit der bloßen Wegschaffung der Sachen von dem Grundstücke. Doch hat die gemeinrechtliche Praxis vielfach angenommen, daß die mit Wissen und ohne Einspruch des Vermiethers fortgeschafften Illaten von dem Pfandnexus frei werden (Entsch. d. R. O. H. G. VI 65 S. 288; Entsch. d. R. G. in Strafs. XIV 80). Auf diesem Boden stehen auch Theorie und Praxis des preuß. Rechtes. Das Pfandrecht wird trotz der Entfernung der Sachen von dem Grundstücke bezüglich derjenigen Sachen als fortdauernd angesehen, welche der Miether „heimlich oder gegen den Widerspruch des Vermiethers" oder, wie Andere sich ausdrücken, „ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Vermiethers" fortgeschafft hat (Entsch. d. R. O. H. G. VI 65 S. 289 ff., XXI 42 S. 131; Entsch. d. R. G. in Strafs. III S. 60 ff., 323, IV *Erlöschen durch Wegschaffung der Sachen,*

S. 44 ff., XIV 80). Ebenso erlischt in den Ländern des franz. Rechtes das Vorzugsrecht des Vermiethers nur in Ansehung derjenigen Sachen, welche mit seiner Einwilligung aus den gemietheten Räumen entfernt sind (code civil Art. 2102 Nr. 1; bayr. Ges. v. 23. Februar 1879 Art. 200; bad. Ges. v. 3. März 1879 § 21; hess. Ges. v. 4. Juni 1879 Art. 102; Ges. für Elsaß-Lothringen v. 8. Juli 1879 § 22). Dagegen machen andere Rechte die Fortdauer des Rechtes des Vermiethers an den eingebrachten Sachen schlechthin von dem Verbleiben derselben auf dem Grundstücke abhängig (österr. G. B. § 1101; sächs. G. B. § 1228; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3; anhalt. Ges. v. 13. April 1870 § 3; oldenb. Gesetze v. 3. April 1876 Art. 18, v. 28. Januar 1879 Art. 3 u. v. 19. März 1879 Art. 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 294; bayr. Entw. Art. 423). Dies ist auch der Standpunkt der Konk. O., zwar nicht nach den Motiven, aber nach dem Wortlaute des § 41 Nr. 4, und in diesem Sinne hat auch das Reichsgericht erkannt (Entsch. d. R. G. in Civils. VIII 25).

nicht bei heimlicher Entfernung, oder Widerspruch des Vermiethers.

An die Entfernung der Sachen von dem Grundstücke unbedingt das Erlöschen des Pfandrechtes zu knüpfen, ist als bedenklich erachtet. Durch eine solche Regelung würde nicht allein das Pfandrecht eine seinen Zweck erheblich beeinträchtigende Abschwächung erleiden, sondern zugleich die Gefahr der Förderung des mit den größten Uebelständen verbundenen sog. Ausrückens entstehen. Der Abs. 1 bestimmt deshalb — unbeschadet der für den Bereich des Konkursverfahrens maßgebenden Vorschrift im § 41 Nr. 4 der Konk. O. —, daß mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstücke das Pfandrecht dann nicht erlöschen soll, wenn die Entfernung heimlich oder gegen den (berechtigten) Widerspruch des Vermiethers erfolgt ist. Die Fassung des Abs. 1 weist zugleich darauf hin, daß in dieser Beziehung den Vermiether die Beweislast trifft. Um aber die Uebelstände, welche mit der Fortdauer des Pfandrechtes an den von dem Grundstücke entfernten Sachen verbunden sind, thunlichst zu beseitigen, ist in Abs. 2 die weitere Beschränkung hinzugefügt, daß der Vermiether der Entfernung derjenigen Sachen nicht widersprechen kann, zu deren Entfernung der Miether im regelmäßigen Betriebe seines Geschäftes oder dadurch veranlaßt wird, daß die gewöhnlichen Lebensverhältnisse die Entfernung mit sich bringen. Am unbedenklichsten ist diese Beschränkung in Ansehung solcher Sachen, deren ungehemmte Entfernung zum Betriebe eines gewerblichen Geschäftes des Miethers erforderlich ist, z. B. der Waaren, welche zu einem Verkaufsladen gehören, wie denn auch die Theorie und Praxis des gemeinen und preuß. Rechtes auf Grund des vermuthlichen Willens der Betheiligten diese Beschränkung anerkennen (Entsch. d. R. O. H. G. VI 65 S. 385 ff., 393). Allein diese Beschränkung kann nicht für ausreichend erachtet werden. Sie muß auf alle Sachen erstreckt werden, deren dauernde oder auch nur vorübergehende Entfernung durch die gewöhnlichen Lebensverhältnisse geboten ist, z. B. auf Reiseutensilien bei Antritt einer Reise, reparaturbedürftige Sachen, deren Ausbesserung außerhalb des Hauses zu erfolgen hat, u. s. w. Erscheint die Beschränkung aber einmal angemessen, so muß sie allgemein, also auch für die bereits fälligen Ansprüche, gelten. Würde wegen der letzteren in Rücksicht auf die sofortige Erfüllungspflicht des Miethers

Beschränkung des Widerspruchsrechtes.

eine Ausnahme zugelassen, so würden die besorgten Unzuträglichkeiten immerhin noch in nicht geringem Umfange sich geltend machen.

Anlangend den Inhalt des dem Vermiether zustehenden Pfandrechtes, so ist es in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung im gemeinen Rechte und mit dem preuß. Rechte (l. 1 § 5 D. de migrando 43, 32; l. 34 D. de damno inf. 39, 2; Entsch. d. R. G. in Straff. I 201 S. 430, XIV 80, XV 121; Anhang § 302 zur preuß. A. G. O. I, 44 § 60) für nöthig gehalten, das mit der wirklichen Inhabung der eingebrachten Sachen nicht verbundene gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers durch die Befugniß desselben zu verstärken, auch ohne Anrufung des Gerichtes die Entfernung aller seinem Pfandrechte unterliegenden Sachen zu hindern, deren Fortschaffung der Vermiether nach Obigem widersprechen kann, und wenn der Miether das Grundstück räumt, dieselben in seine Inhabung zu nehmen (vergl. auch sächs. G. B. § 1228; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 294; bayr. Entw. Art. 423; zum Theil abweichend hamb. Ges. v. 14. April 1882 § 2). Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers würde einen großen Theil seines Werthes verlieren, wenn der Vermiether nicht im Stande wäre, sich der Entfernung der Sachen von dem Grundstücke ohne vorherige Anrufung des Gerichtes eigenmächtig zu widersetzen; denn die Fortdauer des Rechtes im Falle einer nur unter seinem Widerspruche oder heimlich bewirkten Entfernung würde ihm meist oder doch sehr oft wenig nützen. Es ist jedoch vermieden, jene Befugniß in dem Entwurfe als Zurückbehaltungsrecht zu bezeichnen, da unter diesem Ausdrucke der juristische Sprachgebrauch ein dem Schuldner zustehendes obligatorisches Recht versteht. Es ist deshalb nur der Inhalt des Rechtes angegeben (Abs. 2). Die dem Vermiether beigelegte Befugniß umfaßt übrigens nicht auch das Recht, die heimlich und unter seinem Widerspruche bereits weggeschafften Sachen im Wege der sofortigen Nacheile eigenmächtig zurückzuschaffen bezw. an sich zu nehmen (vergl. § 815 Abs. 2). Es genügen in dieser Hinsicht zum Schutze des Vermiethers die Bestimmungen des § 189 über Selbsthülfe. Die Rücksicht auf die öffentliche Ordnung gestattet es nicht, über diese Bestimmungen hinauszugehen. Nach Abs. 3 des § 521 ist aber der Vermiether berechtigt, von dem Miether die Zurückschaffung der heimlich oder gegen seinen Widerspruch entfernten Sachen, deren Entfernung er zu widersprechen befugt war, und nach bereits erfolgter Räumung des Grundstückes die Ueberlassung der Inhabung derselben zu fordern. Auch kann der Vermiether nach Abs. 1 Satz 1 in Ansehung solcher Sachen das Pfandrecht nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Buches über die Verfolgbarkeit des an beweglichen Sachen begründeten Pfandrechtes (§§ 1155, 1191, 878) gegen Dritte geltend machen. Die ausdrückliche Hervorhebung der mit den allgemeinen Vorschriften über die Verfolgbarkeit des Pfandrechtes an beweglichen Sachen im Einklange stehenden Bestimmung des Abs. 3 dient zur Klarstellung des Gesetzes (vergl. auch, soviel die Verfolgbarkeit des Rechtes gegen Dritte betrifft, code civil Art. 2102 Nr. 1; bayr. Ges. v. 23. Februar 1879 Art. 200; bad. Ges. v. 3. März 1879 § 21; hess. Ges. v. 4. Juni 1879 Art. 102; Ges. für Elsaß-Lothringen v. 8. Juli 1879 § 22). Nach den in den Gebieten des franz. Rechtes geltenden Rechten (vergl. die

Inhalt des Pfandrechtes

α. Hinderung der Wegschaffung &c.

β. Zurückschaffung, Inhabung.

γ. Geltendmachung gegen Dritte.

vorher angeführten Gesetze) erlischt das Recht des Vermiethers, die Zurückschaffung der widerrechtlich entfernten Sachen zu verlangen, wenn dasselbe nicht innerhalb einer näher bestimmten kurzen Frist gerichtlich geltend gemacht worden ist. In dem Entwurfe ist eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen, weil es an einem genügenden Grunde fehlt, in dieser Hinsicht für den vorliegenden speziellen Fall von den allgemeinen Vorschriften über die Verfolgbarkeit des Pfandrechtes an beweglichen Sachen abzuweichen und dadurch das Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen nicht unerheblich zu beschränken. Daß der Vermiether, wenn er auf Grund der Bestimmungen des Abs. 2, 3 die Inhabung der Sachen erlangt hat, hinsichtlich seiner Rechte und Pflichten demjenigen gleichsteht, welcher durch Vertrag ein Faustpfand erworben hat, kann nicht zweifelhaft sein und braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden. Es ist daher auch mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 41 Nr. 4 der Konk. O., welche das Vorzugsrecht des Vermiethers in Ansehung der eingebrachten Sachen an die Voraussetzung knüpft, daß die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden, eine besondere Vorsorge nicht nöthig.

§ 522.

Endigung der Miethe.

Nach dem Vorgange der meisten neueren Gesetzgebungswerke (preuß. A. L. R. I, 21 § 324; österr. G. B. § 1113; code civil Art. 1737; sächs. G. B. § 1214; hess. Entw. Art. 184, bayr. Entw. Art. 436, dresd. Entw. Art. 568) bestimmt der erste Absatz des § 522, daß das Miethverhältniß mit dem Ablaufe

a) Zeitablauf.

der Zeit endigt, auf welche es eingegangen war. Die Aufnahme dieser Bestimmung bezweckt, keinen Zweifel darüber zu lassen, daß bei einer Miethe auf bestimmte Zeit eine Kündigung nicht nothwendig ist, um das Ende des Miethverhältnisses herbeizuführen. Ist dagegen die Miethzeit nicht bestimmt, so

b) Kündigung.

endigt das Miethverhältniß erst nach einer vorherigen, beiden Theilen zustehenden Kündigung und nach Ablauf einer mit der Kündigung beginnenden, gesetzlich näher bestimmten Frist, ein Grundsatz, der auch in den neueren Gesetzgebungswerken fast durchweg anerkannt ist (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 340, 344, 345; österr. G. B. § 1116; sächs. G. B. §§ 1215, 1217; schweiz. Bd. Ges. Art. 290; hess. Entw. Art. 206, bayr. Entw. Art. 439, dresd. Entw. Art. 568).

Die in einzelnen Gesetzgebungen (preuß. A. L. R. I, 21 § 346; sächs. G. B. § 1217; hess. Entw. Art. 205, bayr. Entw. Art. 437, dresd. Entw. Art. 568) sich findende Hinweisung auf die aus dem Gebrauchszwecke sich ergebende Dauer der Miethzeit ist als entbehrlich erachtet; nicht minder ist es überflüssig, des Ortsgebrauches (code civil Art. 1736; schweiz. Bd. Ges. Art. 290 Nr. 1; hess. Entw. Art. 206, bayr. Entw. Art. 438, dresd. Entw. Art. 568) Erwähnung zu thun (vergl. §§ 72, 359). Auch besteht kein Anlaß — entsprechend dem dresd. Entw. Art. 568 —, dem Eingreifen der Landesgesetze Raum zu lassen; doch ist für das Einführungsgesetz die Vorschrift

Polizeiliche Räumungsfristen.

in Aussicht genommen, daß die landesgesetzlich den Polizeibehörden beigelegte Befugniß, die Räumungsfristen bei Miethswohnungen zu regeln (vergl. preuß.

Ges. vom 30. Juni 1834 über die Termine bei Wohnungsmiethsverträgen), unberührt bleiben soll.

In Betreff der gesetzlichen Kündigungsfristen unterscheidet der § 522 zwischen der Miethe unbeweglicher und der Miethe beweglicher Sachen. Gesetzliche Kündigungsfrist:

Bei der Miethe einer unbeweglichen Sache (§ 781) soll die Kündigungsfrist, sofern nicht wegen der Bemessung des Miethzinses nach kürzeren Zeiträumen eine andere Bestimmung maßgebend ist, unterschiedslos ein Vierteljahr, d. h. nach § 150 drei Monate betragen. Die Frist mußte mindestens auf ein Vierteljahr bestimmt werden; eine kürzere Frist verträgt sich nicht mit der Verkehrssitte, auch nicht mit dem in großen Gebieten, insbesondere im Bereiche des preuß. Rechtes (A. L. R. I, 21 § 344) und des sächs. G. B. (§ 1215) geltenden Rechte, dessen Aenderung in der hier fraglichen Hinsicht die bedenklichsten Störungen hervorrufen würde. Zudem würde die Festsetzung einer kürzeren Frist mit dem Zwecke der Vorschriften des § 509, den Grundsatz „Kauf bricht Miethe" abzuschwächen, nicht vereinbar sein. Andererseits darf, um mit der Verkehrssitte im Einklange zu bleiben, auch eine längere Frist nicht gewählt werden; denn eine über ein Vierteljahr hinausgehende Frist paßt ohne Zweifel nur für die Fälle, in welchen das Miethverhältniß einen wichtigen Gegenstand betrifft, z. B. eine herrschaftliche Wohnung, einen geräumigen Speicher, und der Miethzins dementsprechend ein beträchtlicher ist. Solche Fälle bilden indessen die Minderzahl und dürfen deshalb für die Feststellung der Regel nicht ausschlaggebend sein. Noch bedenklicher erscheint es, dieselben nach dem Vorbilde des sächs. G. B. § 1215 durch die Bestimmung verschiedener, nach dem Betrage des Zinses sich richtender Fristen zu berücksichtigen. Jede derartige von der Festsetzung einer einheitlichen Frist absehende Unterscheidung führt schon deshalb zu praktischen Uebelständen, weil oft Streit darüber entstehen würde, ob der Zins, welcher nicht immer nur in einer Geldsumme besteht, die entscheidende Höhe erreicht. Es ist ferner nicht möglich, den für die Unterscheidung maßgebenden Betrag, wenn er für Stadt und Land, für große, mittlere und kleinere Städte, sowie für alle Zeitverhältnisse gleichmäßig passen soll, zu finden. Die Bestimmung einer einheitlichen Frist, wie sie namentlich auch im preuß. A. L. R. I, 21 § 344 enthalten ist und in dessen Bereiche sich vollkommen bewährt hat, ist mit so wesentlichen Vorzügen verbunden, daß es nicht rathsam ist, auf die Festsetzung verschiedener Fristen einzugehen. α. bei Immobilien;

Die vierteljährige Kündigungsfrist beginnt nach Abs. 3 mit dem Ablaufe des Kalenderquartales, in welchem gekündigt ist, und endet mit dem Ablaufe des folgenden Kalenderquartales. Als die maßgebenden Kalenderquartale sind diejenigen bezeichnet, welche am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober beginnen. Diese Art der Regelung ist aus ähnlichen Gründen als angemessen und als erforderlich erachtet, wie diejenigen, auf welchen die Bestimmung des § 517 über die Zeit der Entrichtung des Miethzinses beruht. Das preuß. A. L. R. I, 21 § 344 erklärt die Kündigung für zureichend, wenn dieselbe an einem der drei ersten Tage des Quartales erfolgt, nach dessen Ablauf die Miethe enden soll. In einer solchen Bestimmung liegt indessen eine die Einfachheit des Gesetzes störende Irregularität. Für dieselbe läßt sich Beginn rc.;

zwar anführen, daß der Vermiether oft in der an den drei ersten Tagen des neuen Quartales unterbliebenen Entrichtung des verfallenen Zinses einen Grund zur Kündigung finden werde; indessen würde dieser Grund, abgesehen von seiner geringen Erheblichkeit, dazu nöthigen, die Vorschrift auch auf die vertragsmäßige Kündigungsfrist auszudehnen und somit eine dem Wortverstande des Vertrages widerstrebende Auslegungsregel aufzunehmen.

Frist bei Bemessung des Miethzinses nach Monaten,

Ist bei der Miethe einer unbeweglichen Sache der Miethzins nach Monaten bemessen (Abs. 4), so würde, da in dem unterstellten Falle die Vereinbarung einer Miethzeit fehlt, in Gemäßheit der Regel des § 522 Abs. 3, wenn nicht eine Ausnahme gemacht würde, die vierteljährige Kündigungsfrist gelten. Es leuchtet aber ein, daß in einem solchen Falle die Regel nicht paßt. Wie für diesen Fall die Ausnahme bestimmt werden soll, ob einmonatige Kündigung (sächs. G. B. § 1215) oder zweiwöchige Kündigung schlechthin (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 290 Nr. 2) oder zweiwöchige Kündigung in der Art vorgeschrieben werden soll, daß bis zum 15. des laufenden Kalendermonates einschließlich gekündigt werden muß (preuß. Verordn. v. 9. Januar 1812), kann zweifelhaft sein. Indessen verdient doch die letztere Art der Regelung, welche im Bereiche des preuß. Rechtes sich bewährt und eingelebt hat, den Vorzug, weil sie im Interesse beider Theile die passendste ist.

Wochen,

Auf ähnlichen Erwägungen beruht die dem preuß. Rechte allerdings unbekannte und auch dem sächs. G. B. (§ 1215) nicht völlig entsprechende Vorschrift des Abs. 5, welche den Fall regelt, wenn der Miethzins bei einer unbeweglichen Sache nach Wochen bemessen ist.

Tagen;

Ist bei der Miethe einer unbeweglichen Sache der Miethzins nach Tagen bemessen (Abs. 7), so soll in Uebereinstimmung mit der Verkehrssitte die Kündigung an jedem Tage zum folgenden Tage zulässig sein.

β. bei beweglichen Sachen.

Die Bestimmung des Abs. 6, daß bei der Miethe beweglicher Sachen die Kündigungsfrist regelmäßig drei Tage beträgt, entspricht dem bayr. Entw. Art. 439, dem dresd. Entw. Art. 568 und dem schweiz. Bd. Ges. Art 290 Nr. 3. Dagegen beträgt die Frist nach preuß. A. L. R. I, 21 § 345 und dem österr. G. B. § 1116 vierundzwanzig Stunden, nach dem hess. Entw. Art. 206 vierzehn Tage, und das sächs. G. B. § 1217 sieht in diesem Falle von jeder Kündigungsfrist ab. Die dreitägige Frist ist mit Rücksicht auf die regelmäßig in Betracht kommenden Verhältnisse als eine zutreffende anzusehen. Nur wenn der Miethzins nach Tagen bemessen ist, soll wie bei unbeweglichen Sachen tägliche Kündigung stattfinden (Abs. 7). Für den Fall dagegen, daß bei der Miethe beweglicher Sachen der Miethzins nach Monaten oder Wochen bemessen ist, soll es bei der Regel der dreitägigen Kündigung verbleiben (Abs. 6), da für diesen Fall ein Bedürfniß, die Anwendung der Regel auszuschließen, nicht vorliegt. Wie schon erwähnt, fehlt es in dem Falle, wenn der Miethzins ohne besondere Festsetzung einer Miethzeit nach Zeitabschnitten bemessen, wenn z. B. der Miethvertrag nur mit der Bestimmung geschlossen ist, daß der Miethzins jährlich, monatlich, wöchentlich u. s. w. eine gewisse Geldsumme betragen soll, an und für sich betrachtet, an einer auch nur stillschweigenden Vereinbarung der Miethzeit. Ob gleichwohl in jener Bestimmung die stillschweigende Uebereinkunft zu finden ist, daß die Miethzeit

gerade ein Jahr u. s. w. dauern solle (vergl. österr. G. B. § 1113; hess. Entw. Art. 205), oder dergestalt ein Jahr u. s. w., daß, wenn das Miethverhältniß mit dem Ablaufe des Jahres u. s. w. endigen solle, rechtzeitig gekündigt werden müsse (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 341), ist eine Thatfrage, deren Entscheidung von den Umständen des Falles abhängt. Es würde in hohem Maße bedenklich sein, mittels einer Auslegungsregel dieser oder jener Art einzugreifen, weil eine solche nur zu oft eine sachwidrige Entscheidung des gegebenen Falles zur Folge haben müßte. Es ist deshalb davon Abstand genommen, nach dieser Richtung hin Bestimmungen zu geben.

Ueber die Voraussetzungen einer wirksamen Kündigung sind in dem Entwurfe weitere Vorschriften, als der § 522 ergiebt, nicht aufgenommen. Die in dieser Beziehung sich erhebenden Fragen, z. B. ob die Kündigung den anderen Betheiligten gegenüber erfolgen muß, ob sie, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen als Miether oder Vermiether betheiligt sind, nur von Allen oder gegen Alle erfolgen kann, ob eine bedingte und eine nicht rechtzeitige Kündigung wirkungslos ist, kehren auch in einer großen Zahl anderer Fälle wieder, z. B. bei der Kündigung eines Dienstvertrages, eines Auftrages, eines Gesellschaftsverhältnisses (§§ 563, 598, 648). Uebrigens betrachtet der Entwurf es als selbstverständlich, daß die Kündigung, ein einseitiges Rechtsgeschäft, dem anderen Betheiligten gegenüber erfolgen muß und daß deshalb die §§ 74—76 auf dieselbe Anwendung finden, nicht minder, daß, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen als Vertragschließende betheiligt sind oder der eine oder andere Theil von Mehreren beerbt worden ist, die Kündigung nur von Allen oder gegen Alle erfolgen kann. Es folgt dies aus dem § 363, sowie daraus, daß die dem Vermiether obliegende Leistung der Gebrauchsgewährung und ebenso die dem Miether obliegende Leistung der Zurückgewährung der Sache nach Beendigung des Miethverhältnisses untheilbar sind. Als selbstverständlich ist es auch zu erachten, daß eine bedingte Kündigung wirkungslos ist. Ob dagegen eine Kündigung, welche für den Zeitpunkt, für welchen sie zunächst berechnet war, als verspätet sich darstellt, dergestalt wirkungslos ist, daß sie auch für den nachfolgenden Termin nicht gilt, oder ob in der verspäteten Kündigung eine rechtzeitige Kündigung für den nächsten Termin sich finden läßt, ist eine nur nach den Umständen des Falles zu entscheidende Frage. Voraussetzungen der Kündigung.

§ 523.

Wenngleich die zeitliche Begrenzung der Gebrauchsüberlassung schon begriffsmäßig für die Miethe wesentlich ist (§ 503), so ist doch die Bestimmung des § 523 eine positive. Dieselbe ist aus volkswirthschaftlichen Gründen für erforderlich erachtet, um die Erbmiethe oder ein dieser ähnliches Verhältniß auszuschließen. Zulässige Dauer der Miethe.

§ 524.

Es trägt sich nicht selten zu, daß der Miether nach Ablauf der Miethzeit den Gebrauch der gemietheten Sache mit Wissen des Vermiethers fortsetzt. Stillschweigende Verlängerung.

In einem solchen Falle erhebt sich die Frage, ob eine Verlängerung des Miethverhältnisses unter den bisherigen kontraktlichen Bestimmungen als stillschweigend vereinbart anzusehen ist. Es läßt sich die Ansicht vertreten, daß das Gesetz die Frage nicht zu entscheiden, die Lösung derselben vielmehr dem Richter zu überlassen habe, welcher die Umstände des einzelnen Falles zu würdigen haben werde. Dem praktischen Bedürfnisse würde damit jedoch in keiner Weise genügt werden, weil die Fälle zu häufig sind, in welchen der Gebrauch von Seiten des Miethers mit Wissen des Vermiethers fortgesetzt ist, während sonstige Thatsachen, die auf eine stillschweigende Uebereinkunft über die Verlängerung des Vertrages schließen lassen, nicht vorliegen, obschon die Verneinung der Verlängerung dem Interesse beider Theile widerspricht. Das Interesse beider Theile erfordert deshalb, durch das Gesetz zu bestimmen, daß das Miethverhältniß in einem solchen Falle durch stillschweigende Uebereinkunft als verlängert anzusehen sei. Dies ist auch der Standpunkt des gemeinen Rechtes und der meisten neueren Gesetzgebungen (l. 13 § 11, l. 14 D. loc. 19, 2; österr. G. B. § 1114, verb. mit der österr. Verordn. v. 16. November 1858 § 22; code civil Art. 1738, 1759; sächs. G. B. § 1218; schweiz. Bd. Ges. Art. 291; hess. Entw. Art. 191, 207, bayr. Entw. Art. 456, dresd. Entw. Art. 569).

Voraussetzungen, Die Vorschrift nach dem Vorbilde des preuß. A. L. R. I, 21 § 326 an die Voraussetzung zu knüpfen, daß der Miether den Verlängerungswillen dem Vermiether erklärt und dieser binnen einer gewissen Frist nicht widersprochen hat, ist nicht angemessen. Würde die Bestimmung in solcher Weise beschränkt, so würde sie nur selten zur Anwendung gelangen und für die meisten und vom praktischen Standpunkte vorzugsweise in Betracht kommenden Fälle würde die schwer zu entbehrende Entscheidungsnorm fehlen. Anerkannt kann nur werden, daß es nicht angänglich ist, jede mit Wissen des Vermiethers erfolgende Fortsetzung des Gebrauches von Seiten des Miethers für genügend zu erklären, um daran die stillschweigende Verlängerung der Miethe zu knüpfen. Der Miether wird häufig durch zufällige Umstände, z. B. durch einen Krankheits- oder Sterbefall, genöthigt, den Gebrauch noch einige Zeit fortzusetzen, ohne daß ihm entfernt die Absicht der Verlängerung des Miethverhältnisses beiwohnt. Auch der Vermiether, welcher die Fortsetzung des Gebrauches erfährt, ohne sofort seine Rechte durch Einspruch oder in anderer Art geltend zu machen, hat keineswegs immer die Absicht, die Verlängerung des Miethverhältnisses zuzulassen. Der passendste Ausweg, um den hieraus sich ergebenden Bedenken zu begegnen, ist es, nach dem Vorbilde ähnlicher Bestimmungen der österr. Verordn. v. 16. November 1858 § 22 und des sächs. G. B. § 1218 die stillschweigende Verlängerung noch davon abhängig zu machen, daß weder der Vermiether noch der Miether binnen einer zweiwöchigen Frist, welche gegen den Miether mit dem Tage der Fortsetzung des Gebrauches, gegen den Vermiether mit dem Tage beginnt, an welchem er von dieser Fortsetzung Kenntniß erhält, dem anderen Theile seinen entgegenstehenden Willen erklärt. Liegen die bezeichneten Voraussetzungen vor, so ist ein stillschweigend abgeschlossener Vertrag zu unterstellen. Diese Unterstellung kann jedoch durch andere Willenserklärungen ausgeschlossen werden.

Ein genügender Grund, die Vorschrift über die stillschweigende Verlängerung des Miethverhältnisses nach dem Vorgange verschiedener neuerer Gesetzgebungen und im Anschlusse an eine auch in der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes vertretene Ansicht auf den Fall zu beschränken, wenn der Miethvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen ist (preuß. A. L. R. I, 21 § 324, verb. mit §§ 325—327; code civil Art. 1739; schweiz. Bd. Ges. Art. 291; bayr. Entw. Art. 456, dresd. Entw. Art. 569), liegt nicht vor. Eine solche Beschränkung ist auch bedenklich; sie würde die Vorschrift insbesondere auf die Fälle unanwendbar machen, in welchen ein nicht auf bestimmte Zeit eingegangenes Miethverhältniß durch Kündigung beendet ist, und doch läßt sich nicht leugnen, daß auch für solche Fälle die Vorschrift kaum minder ein Bedürfniß ist, wie für die anderen. Dies ist auch der Standpunkt des sächs. G. B. § 1218.

Liegen die Voraussetzungen einer stillschweigenden Verlängerung des Miethverhältnisses vor, so tritt nach den meisten neueren Gesetzgebungen die Verlängerung unter den bisherigen Vertragsbestimmungen mit der Maßgabe ein, daß eine Miethzeit als nicht vereinbart gilt (code civil Art. 1738, 1736, 1759; sächs. G. B. § 1218; schweiz. Bd. Ges. Art. 291; hess. Entw. Art. 207, bayr. Entw. Art. 456, dresd. Entw. Art. 569). Auf demselben Boden steht nach der herrschenden Meinung auch das gemeine Recht für den Fall, daß ein schriftlicher Miethvertrag nicht geschlossen war, während, wenn dies der Fall ist, nach der herrschenden Meinung das Miethverhältniß auf die in dem früheren schriftlichen Vertrage festgesetzte Zeit als verlängert gilt (l. 13 § 11, l. 14 D. loc. 19, 2). Dagegen gilt nach anderen Gesetzgebungen das Miethverhältniß auf eine gewisse näher bestimmte Zeit, unter Umständen auf die in dem früheren Vertrage bestimmte Zeit als verlängert (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 328, 329; österr. G. B. § 1115). Den Intentionen und dem Interesse beider Theile entspricht es indessen am meisten, wenn eine Miethzeit nicht als vereinbart gilt, mithin das stillschweigend verlängerte Miethverhältniß nach Maßgabe des § 522 Abs. 2—6 durch Kündigung und nur durch Kündigung beendigt werden kann. Dauer der Verlängerung.

§ 525.

Der § 525 enthält eine dem preuß. A. L. R. I, 21 §§ 332—335, dem sächs. G. B. § 1219 und dem dresd. Entw. Art. 570 nachgebildete positive Vorschrift, deren Bedeutung darin besteht, daß der dem Vermiether aus der Fortsetzung des Gebrauches von Seiten des Miethers zustehende Anspruch, sofern die Voraussetzungen einer stillschweigenden Verlängerung des Miethverhältnisses nicht vorliegen, auf einen Mindestbetrag ein für allemal bestimmt wird. Eine solche Anordnung empfiehlt sich aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit. Sie ist geeignet, Streitigkeiten über die Höhe des Anspruches, welchen der Vermiether aus dem Fundamente der Schadensersatzpflicht oder der Bereicherung ohne Rechtsgrund geltend machen kann, in ebenso einfacher als angemessener Weise abzuschneiden. Fortsetzung des Gebrauches nach Endigung der Miethe.

§ 526.

Tod des Miethers.

Während nach dem gemeinen Rechte, dem österr. G. B., dem code civil, dem sächs. G. B., dem hess., bayr. und dresd. Entw. der Tod des Miethers auf den Bestand des Miethvertrages ohne Einfluß ist, haben das preuß. A. L. R. I, 21 §§ 371, 373, 374 (vergl. dazu Entsch. d. R. G. in Civils. XVIII 57) und das schweiz. Bd. Ges. Art. 293 der Miethe einen mehr persönlichen Karakter beigelegt, indem sie bestimmen, daß, wenn der Miether stirbt, sowohl dessen Erben als der Vermiether berechtigt sind, das Miethverhältniß, auch wenn dasselbe auf längere Zeit eingegangen war, durch Kündigung in einem früheren Zeitpunkte zu beendigen. Der Entwurf hat sich den letzteren Gesetzgebungen angeschlossen. Der Tod des Miethers ruft erfahrungsmäßig in der Regel eine so eingreifende Aenderung in den Verhältnissen hervor, daß die gewährte Kündigungsbefugniß meist denjenigen Intentionen der Parteien entsprechen wird, welche bei Eingehung des Vertrages für dieselben maßgebend gewesen sind; sie erscheint auch in hohem Maße geeignet, zufällige Härten und Unbilligkeiten auszugleichen. Dagegen ist es nicht als angemessen erachtet, für den Fall, daß Ehegatten zusammen Miether einer Wohnung sind, auch der Ehefrau als solcher nach dem Tode des Mannes in gleicher Weise wie dessen Erben, die Kündigungsbefugniß beizulegen (vergl. die in ihrer Bedeutung übrigens sehr bestrittene Vorschrift des preuß. A. L. R. I, 21 § 372). Gegen eine solche singuläre Bestimmung spricht namentlich, daß sie mit dem Zwecke, welcher den Vermiether bestimmt hat, mit beiden Ehegatten den Miethvertrag einzugehen, oft nicht im Einklange stehen würde, da dieser Zweck nicht immer oder vielleicht nur ausnahmsweise der sein wird, sich das Pfandrecht an den eingebrachten Sachen der Ehefrau zu sichern.

Kündigungsrecht der Erben und des Vermiethers.

Im Anschlusse an eine Bestimmung des röm. Rechtes (l. 4 D. loc. 19, 2) haben der hess. Entw. Art. 189 und der dresd. Entw. Art. 571 die Bestimmung aufgenommen, daß, falls der Miethvertrag auf so lange geschlossen ist, als es den Vertragschließenden gefallen werde, der Miethvertrag mit dem Tode des einen oder anderen Theiles endigt, sofern nicht ein Theil früher erklärt, daß er das Vertragsverhältniß auflösen wolle. In einer solchen Vorschrift kann jedoch nur eine Auslegungsregel von zweifelhaftem Werthe erblickt werden. Gegen dieselbe läßt sich insbesondere die Erinnerung erheben, daß in manchen der fraglichen Fälle eine der Kündigung nach Maßgabe des § 522 unterliegende Miethe auf unbestimmte Zeit anzunehmen sein wird. In Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzgebungen ist deshalb eine derartige Bestimmung in den Entwurf nicht aufgenommen.

§ 527.

Versetzung von Beamten, Militärpersonen; Kündigungsrecht.

Die an die Bestimmungen des preuß. A. L. R. I, 21 §§ 376, 377 anknüpfende Vorschrift des § 527 beruht auf ähnlichen Gründen, wie diejenigen, welche zu der Vorschrift des § 526 geführt haben. Ein Bedürfniß, nach dem Vorgange des preuß. A. L. R. I, 21 § 378 für den Fall der Mobilmachung zu Gunsten der Militärpersonen eine noch weitergehende Vorschrift zu geben,

kann dagegen nicht anerkannt werden, zumal bei der Berathung des Reichsmilitärgesetzes v. 2. Mai 1874 (Entwurf in den Drucksachen des Reichstages Nr. 9 § 37 S. 36, 54; stenographische Berichte S. 880) eine solche Vorschrift als unbillig und unzweckmäßig vom Reichstage abgelehnt worden ist.

§ 528.

Der § 528 bezeichnet die Fälle, in welchen der Vermiether kraft positiver Vorschrift ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach Maßgabe der näheren Bestimmungen des § 530 von dem Vertrage für die Zukunft zurücktreten kann. Rücktrittsrecht 1. des Vermiethers

Die Bestimmung unter Nr. 1 entspricht im Wesentlichen den bestehenden Rechten und ist zum Schutze der Interessen des Vermiethers geboten (l. 54, § 1 D. loc. 19, 2; l. 3 Cod. de loc. et cond. 4, 65; preuß. A. L. R. I, 21 § 387; österr. G. B. §§ 1118, 1111; code civil Art. 1729, 1735; sächs. G. B. § 1220; schweiz. Bd. Ges. Art. 283, 285; hess. Entw. Art. 184 Abs. 2 Nr. 1, 176, bayr. Entw. Art. 441 Nr. 2, 433, dresd. Entw. Art. 572 Nr. 2). a) wegen vertragswidrigen Gebrauches oder Vernachlässigung der Sache;

Auch ein Rücktrittsrecht des Vermiethers wegen Nichtzahlung des Miethzinses von Seiten des Miethers (Nr. 2) ist in den geltenden Rechten allgemein anerkannt, wenngleich die Voraussetzungen desselben im Einzelnen sehr verschieden bestimmt und, soviel das gemeine Recht betrifft, mehrfach bestritten sind. Während nach dem österr. G. B. § 1118 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 287 bei dem Vorhandensein der übrigen Erfordernisse es genügt, daß der Miether mit einer fälligen Zinszahlung im Rückstande geblieben ist (vergl. auch code civil Art. 1741, hamb. Ges. v. 14. April 1882 § 3), berechtigt nach dem preuß. A. L. R. I, 21 § 298, dem sächs. G. B. § 1220, dem hess. Entw. Art. 184 Abs. 2 Nr. 2, dem bayr. Entw. Art. 441 Nr. 3 und dem dresd. Entw. Art. 572 Nr. 3 nur der Rückstand zweier auf einander folgender Termine den Vermiether zum Rücktritte. Der Entwurf hat sich den letzteren Gesetzgebungswerken angeschlossen; doch darf zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes zwischen dem Rückstande des ganzen Zinses und dem eines Theiles desselben nicht unterschieden werden. Ob das Rücktrittsrecht des Vermiethers Verzug des Miethers, ein Verschulden desselben voraussetzt, ist gemeinrechtlich bestritten. Das preuß. A. L. R. I, 21 § 298 und das sächs. G. B. § 1220 machen, wenigstens dem Wortlaute nach, das Rücktrittsrecht nicht davon abhängig. Dagegen verlangen der hess. Entw. Art. 184 Abs. 2 Nr. 2, der bayr. Entw. Art. 441 Nr. 3 und der dresd. Entw. Art. 572 Nr. 3, desgleichen das österr. G. B. § 1118 vorgängige Mahnung und das schweiz. Bd. Ges. Art. 287, daß der Miether innerhalb einer ihm von dem Vermiether nach der Fälligkeit gesetzten, von dem Gesetze näher bestimmten kurzen Frist den Zins nicht bezahlt hat. Ein Rücktrittsrecht des Vermiethers kann nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn der Miether mit der Entrichtung des Zinses sich im Verzuge befindet. Andererseits fehlt es an einem genügenden Grunde, daneben noch die Mahnung als selbständiges Erforderniß aufzustellen. Im Einklange mit dem gemeinen Rechte, dem sächs. G. B., dem hess. und dem dresd. Entw. a. a. O. soll aber das Rücktrittsrecht ausgeschlossen

b) wegen Nichtzahlung des Miethzinses,

Verzug des Miethers.

sein, wenn der Vermiether, bevor er den Rücktritt erklärt hat, wegen des Rückstandes vollständig befriedigt ist.

Nothwendigkeit von Bauten oder Reparaturen. In Anlehnung an das röm. und gemeine Recht (l. 3 Cod. de loc. et cond. 4, 65) geben die meisten neueren Gesetzgebungswerke dem Vermiether auch dann das Recht, einseitig von dem Vertrage zurückzutreten, wenn ein den vertragsmäßigen Gebrauch ausschließender Hauptbau nothwendig wird oder, wie einzelne derselben sich ausdrücken, wenn während der Miethzeit die vermiethete Sache einer unaufschieblichen Ausbesserung bedarf, deren Vornahme die vertragsmäßige Fortsetzung des Miethverhältnisses ausschließt (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 363—365; österr. G. B. §§ 1118, 1119; sächs. G. B. § 1220; hess. Entw. Art. 178, bayr. Entw. Art. 441 Nr. 1, 442, dresd. Entw. Art. 572 Nr. 1). Der Schwerpunkt einer solchen Vorschrift liegt darin, daß dem Miether die Befugniß entzogen wird, nach Vollendung der Ausbesserung die Wiedereinräumung des Gebrauches für die noch übrige Miethzeit zu fordern. Allein gerade hierin ist eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der kontraktlichen Rechte des Miethers zu finden. Die Beeinträchtigung kann unter Umständen eine überaus empfindliche sein, z. B. in dem Falle, wenn der Miether ein Ladenlokal auf längere Zeit gemiethet, dasselbe durch Feuer eine Beschädigung erlitten hat, deren Ausbesserung den Miether nöthigt, auf kurze Zeit zu räumen, und nunmehr der Vermiether, weil die Miethpreise gestiegen sind, zu der Wiedereinräumung des im Wesentlichen nur in dem früheren Zustande wiederhergestellten Lokales nur gegen Erhöhung des Zinses sich verstehen will. Solche und ähnliche Fälle sind weit häufiger, als die, in welchen durch die nöthig gewordene Ausbesserung der Gebrauchswerth der Sache erheblich gestiegen ist und deshalb eine Erhöhung des Miethpreises oder das Recht des Vermiethers, von dem Vertrage zurückzutreten, billig erscheinen könnte. Jene anderen Fälle verdienen vorzugsweise Berücksichtigung, zumal in den letzteren Fällen zumeist eine Verständigung zwischen dem Miether und Vermiether auf keine Schwierigkeit stoßen wird. Aus diesen Gründen hat der Entwurf in dem in Rede stehenden Falle ein Rücktrittsrecht des Vermiethers nicht anerkannt. Auf demselben Boden stehen das franz. Recht und das schweiz. Bd. Ges., obschon letzteres in Art. 292 die allgemeine Bestimmung enthält, daß jeder Theil aus wichtigen Gründen, welche ihm die Fortsetzung des Miethverhältnisses unerträglich machen, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen kann, wenn er dem anderen Theile vollen Ersatz anbietet.

Konkurs über das Vermögen des Miethers. Anlangend den Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Miethers auf das Miethverhältniß, so sind in dieser Hinsicht die Bestimmungen der Konk. O. § 17 Nr. 1, §§ 18, 21 maßgebend. Vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. XVIII 57, XI 86; Urth. d. R. G. bei Gruchot XXVIII S. 1175 ff.

§ 529.

Rücktrittsrecht 2. des Miethers, Wird dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der Sache ohne einen von ihm zu vertretenden Umstand ganz oder zum Theil nicht oder nicht rechtzeitig verschafft oder später wieder entzogen oder ergiebt sich der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft, so würde in Ermangelung einer besonderen Bestimmung

dem Miether nach den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes das Recht, von dem Vertrage für die Zukunft zurückzutreten, nur in sehr beschränktem Umfange und namentlich in allen denjenigen Fällen nicht zustehen, in welchen die Gewährung des Gebrauches durch eine nachfolgende unverschuldete Unmöglichkeit nur theilweise ausgeschlossen ist (vergl. §§ 114, 368 Abs. 1, § 369). Ein so beschränktes Rücktrittsrecht genügt aber im Hinblicke auf die Zwecke der Miethe dem praktischen Bedürfnisse nicht. Es muß daher nach dem Vorgange der neueren Gesetzgebungen das Rücktrittsrecht des Miethers in den bezeichneten Fällen erweitert und durch besondere positive Vorschriften geregelt werden. Von den neueren Gesetzgebungen weicht aber der Entwurf insofern ab, als er für alle hier in Betracht kommenden Fälle in § 529 eine prinzipielle Vorschrift giebt, während die ersteren meist nur einzelne spezielle Fälle oder gewisse Kategorieen von Fällen bezeichnen, in welchen dem Miether ein über die allgemeinen Grundsätze hinausgehendes Rücktrittsrecht eingeräumt wird. Es gehören dahin namentlich die Fälle, in welchen der Gebrauch durch Mängel der Sache aufgehoben oder gemindert oder durch das Recht eines Dritten ganz oder theilweise entzogen oder durch die Aenderung der Sache oder auf andere Weise von Seiten des Vermiethers oder eines Dritten gehindert oder geschmälert wird, oder in welchen die Sache durch Zufall theilweise untergeht, ferner die Fälle, in welchen der Vermiether die Einräumung des Gebrauches verzögert oder die ihm obliegenden nothwendigen Ausbesserungen der vermietheten Sache ungeachtet der Aufforderung des Miethers nicht vornimmt (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 §§ 273, 383; österr. G. B. § 1117; code civil Art. 1722, 1724, 1741; sächs. G. B. §§ 1213, 1221; schweiz. Bd. Ges. Art. 277, 278; hess. Entw. Art. 162, 163, 165, 178 Abs. 3, 181 Abs. 2, 182, 183, 185 Nr. 1 u. 2, bayr. Entw. Art. 410, 412, 413, 417 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 542, 543, 545, 547, 573 Nr. 1 u. 2). Alle diese und ähnliche Fälle, insbesondere auch solche, in welchen die Vorenthaltung oder Entziehung des Gebrauches auf zufälligen Umständen beruht, werden durch die prinzipielle Vorschrift des Entwurfes gedeckt. Eine solche Regelung empfiehlt sich nicht nur deshalb, weil sie das Gesetzbuch vereinfacht, sondern auch deshalb, weil sie die Vollständigkeit und die gleichmäßige Beurtheilung aller, wenngleich thatsächlich verschiedenen, prinzipiell aber gleichliegenden Fälle verbürgt.

wegen Nichtverschaffung 2c. des Gebrauches oder Fehlens einer Eigenschaft.

Im Einzelnen ist in Ansehung des nach § 529 dem Miether zustehenden Rücktrittsrechtes noch Folgendes zu bemerken:

Das Rücktrittsrecht des Miethers ist, auch wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 vorliegen, nach zwei Richtungen hin Beschränkungen unterworfen.

Ausschließung des Rücktrittsrechtes

Aus Rücksichten der Billigkeit soll, und zwar ohne Unterschied, ob die Sache dem Miether zum Gebrauche bereits überlassen war oder nicht, das Rücktrittsrecht ausgeschlossen sein, wenn die Beseitigung des den vertragsmäßigen Gebrauch ausschließenden oder mindernden Hindernisses möglich ist und der Vermiether die sofortige Beseitigung ohne Verzögerung in Angriff nimmt und durchführt. Dagegen begründet jede Hinhaltung die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechtes, sofern nicht dem Vermiether ein nach § 246 den Verzug ausschließender Umstand zur Seite steht (vergl. auch

a) bei sofortiger Beseitigung des Hindernisses,

sächs. G. B. § 1221; schweiz. Bd. Ges. Art. 277; hess. Entw. Art. 185 Nr. 2, bayr. Entw. Art. 417 Abs. 2 verb. mit Art. 413, dresd. Entw. Art. 545, 573 Nr. 1). Um jedoch die Beschränkung nicht auf die Fälle auszudehnen, in welchen sie wegen der eine sofortige Befriedigung erfordernden, dem Miethvertrage den Karakter eines Fixgeschäftes (§ 361) verleihenden Bedürfnisse des Miethers nicht paßt, soll die Beschränkung fortfallen, der Miether mithin, auch wenn der Vermiether die Bewirkung der Abhülfe nicht verzögert, berechtigt sein, von dem Vertrage zurückzutreten, sofern die Abhülfe nicht sofort erfolgt und ein besonderes Interesse des Miethers den sofortigen Rücktritt rechtfertigt.

b) bei nicht erheblicher Gebrauchsentziehung.

Die zweite Beschränkung besteht darin, daß das Rücktrittsrecht, und zwar auch dann, wenn der Vermiether die Bewirkung der Abhülfe verzögert, regelmäßig ausgeschlossen ist, wenn es sich um die Vorenthaltung oder Entziehung eines an sich nicht erheblichen Theiles des Gebrauches oder während einer an sich nicht erheblichen Zeit handelt (vergl. auch österr. G. B. § 1117; sächs. G. B. § 1221; schweiz. Bd. Ges. Art. 277; dresd. Entw. Art. 545). Diese Beschränkung ist für nöthig gehalten, um einen auf unlauteren Absichten beruhenden Mißbrauch des Rücktrittsrechtes zu verhüten; doch soll das Rücktrittsrecht auch hier dann statthaft sein, wenn ein besonderes Interesse des Miethers den Rücktritt rechtfertigt.

Rücktrittsrecht im Falle eines Fixgeschäftes;

Die vorerwähnten Beschränkungen des Rücktrittsrechtes finden aber in dem Falle, in welchem der vertragsmäßige Gebrauch der Sache dem Miether nicht rechtzeitig verschafft wird, selbstverständlich dann keine Anwendung, wenn die Voraussetzungen eines Fixgeschäftes im Sinne des § 361 vorliegen; vielmehr sind in einem solchen Falle für die Ausübung des Rücktrittsrechtes lediglich die Bestimmungen des § 361 maßgebend. Als selbstverständlich ist es ferner angesehen, daß, wenn für eine kalendermäßig bestimmte Zeit vermiethet worden ist, der Vertrag nur in der bestimmten Zeit erfüllt werden kann und seine Erfüllung zu einer anderen Zeit unmöglich ist. In einem solchen Falle erscheint einleuchtend die Zeit als ein wesentlicher Theil des betreffenden Rechtes und der betreffenden Verpflichtung. Die Zeitbestimmung verleiht hier dem Vertrage den Karakter eines Fixgeschäftes, nicht im Sinne des § 361, sondern im strengsten Sinne (vergl. sächs. G. B. § 1192; dresd. Entw. Art. 542).

bei Gefährdung des Miethers durch weiteren Gebrauch.

Im Anschlusse an das röm. und gemeine Recht (l. 27 § 1, l. 13 § 7 D. loc. 19, 2; l. 28, 33 D. de damn. inf. 39, 2) geben einzelne neuere Gesetzgebungswerke dem Miether auch dann das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn die Fortsetzung des Gebrauches der gemietheten Sache mit einer erheblichen Gefahr für den Miether verbunden ist (sächs. G. B. § 1221; hess. Entw. Art. 185 Nr. 3, bayr. Entw. Art. 443, dresd. Entw. Art. 573 Nr. 3). Durch die prinzipielle Vorschrift des § 529 wird dieser Fall nicht gedeckt. Die Aufnahme einer besonderen, diesen Fall deckenden Vorschrift empfiehlt sich jedoch nicht; vielmehr verdient es den Vorzug, in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen, es insoweit bei den allgemeinen Grundsätzen zu belassen, die Entscheidung jenes Falles mithin von der konkreten Prüfung abhängig zu machen, ob der Gebrauch objektiv oder nur aus einem in der Person des Miethers liegenden Grunde verhindert, oder ob und inwiefern

anzunehmen ist, daß dem Miether für den betreffenden Fall ein Rücktrittsrecht stillschweigend hat zugestanden werden sollen.

Ueber das dem Miether nach § 509 zustehende Rücktrittsrecht, wenn der Erwerber der von dem Vermiether veräußerten Sache die Räumung verlangt, vergl. zu § 509.

§ 530.

Die Bestimmung des Satz 1, daß die dort in Bezug genommenen Vorschriften auf das nach dem § 509 Abs. 2 und den §§ 510, 528, 529 begründete Rücktrittsrecht des Vermiethers oder Miethers bezw. auf das Recht des letzteren, den Miethzins zu mindern, entsprechende Anwendung finden sollen, rechtfertigt sich durch die Analogie der Verhältnisse. Anwendung d. Vorschr. über das vorbehaltene Rücktrittsr.

Daß der Miether in den Fällen des § 529, statt von dem Vertrage für die Zukunft zurückzutreten, auch das Recht hat, den Miethzins zu mindern, folgt aus § 368 Abs. 1 und §§ 505—508. Aber auch wenn er von dem Vertrage für die Zukunft zurücktritt, wird das Recht des Miethers, den Miethzins für die Vergangenheit zu mindern, nicht berührt. Obgleich auch dies schon aus den vorerwähnten Bestimmungen sich ergiebt, so ist es doch der Deutlichkeit wegen in Satz 2 besonders hervorgehoben. Miethzinsminderung statt, neben Rücktritt.

Ueber die Frage, ob das Rücktrittsrecht an eine kurze Präklusivfrist zu knüpfen sei, vergl. zu §§ 505, 506.

Verschiedene neuere Gesetzgebungswerke enthalten bei den Beendigungsgründen der Miethe noch besondere Bestimmungen für solche Fälle, in welchen die gemiethete Sache durch Zufall oder durch Verschulden des einen oder anderen Theiles ganz oder theilweise untergeht (österr. G. B. § 1112; code civil Art. 1722, 1741; sächs. G. B. § 1213; hess. Entw. Art. 181, 182, bayr. Entw. Art. 440, 413). Derartige Bestimmungen sind jedoch entbehrlich, da für die Beurtheilung der in Rede stehenden Fälle die allgemeinen Grundsätze (vergl. §§ 368, 369, 529) ausreichen und kein genügender Anlaß besteht, die Anwendbarkeit derselben für den einen oder anderen speziellen Fall durch eine kasuistische Vorschrift näher zu bestimmen oder gar durch eine positive Satzung auszuschließen.

II. Pacht.

§ 531.

In den Motiven zum § 503 ist bereits auf die Unterschiede zwischen Miethe und Pacht hingewiesen. Indem der § 531 bestimmt, daß der Verpächter verpflichtet ist, dem Miether den Gebrauch und den Fruchtgenuß des verpachteten Gegenstandes zu gewähren, bringt er zum Ausdrucke, einmal, daß Gegenstand der Pacht nicht blos körperliche Sachen, sondern auch andere Gegenstände, namentlich Rechte (vergl. jedoch § 974 Abs. 2, §§ 1047, 1059) sein können, sodann, daß dem Pächter außer dem Gebrauchsrechte zugleich das Recht zusteht, die Früchte sich anzueignen (vergl. § 901). Das Wort: „Fruchtgenuß", mit welchem dieser Sinn regelmäßig verbunden ist, deutet zugleich Gewährung des Gebrauches und Fruchtgenusses,

ausreichend an, daß sowohl die natürlichen als die bürgerlichen Früchte in Betracht kommen (vergl. § 792). Daß dem Pächter außer dem Fruchtgenusse auch das Gebrauchsrecht, und zwar dieses in gleichem Maße wie dem Miether beigelegt ist, entspricht dem preuß. A. L. R. I, 21 § 259. Andere Gesetzgebungswerke bestimmen den Inhalt der Verpflichtung des Verpächters dahin, daß der letztere verpflichtet sei, dem Pächter den verpachteten Gegenstand zur Fruchtziehung zu überlassen. Dieselben scheinen mithin davon auszugehen, daß der Pächter begriffsmäßig nicht allgemein, sondern nur insoweit zum Gebrauche befugt ist, als der Gebrauch zum Fruchtgenusse erforderlich ist (vergl. sächs. G. B. 1187; schweiz. Bd. Ges. Art. 296; bayr. Entw. Art. 458, dresd. Entw. Art. 576). Eine solche Beschränkung kann jedoch als richtig nicht anerkannt werden.

Verschaffung der Inhabung. Abgesehen von der hervorgehobenen Modifikation, schließt die Fassung des § 531 wegen der nahen Verwandtschaft zwischen Pacht und Miethe sich thunlichst der Fassung des § 503 an. Bei dieser Fassung ist es entbehrlich, mit dem dresd. Entw. Art. 579 besonders zu bestimmen, daß der Verpächter verpflichtet ist, dem Pächter die Inhabung der verpachteten Sache oder der Sache, auf welche sich der verpachtete Gegenstand bezieht, insoweit zu verschaffen, als diese Inhabung zur Fruchtziehung erforderlich ist (Mot. zu § 503). **Entrichtung einer Quote der Früchte als Pachtzins.** Nicht minder entbehrlich ist es, die aus dem röm. Rechte (l. 25 § 6 D. loc. 19, 2; l. 8, l. 21 Cod. de loc. et cond. 4, 65) in die meisten neueren Gesetzgebungswerke übergegangene Bestimmung aufzunehmen, daß der Pachtzins auch in einer Quote der Früchte des Pachtgegenstandes bestehen kann (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 265, 266; sächs. G. B. § 1190; schweiz. Bd. Ges. Art. 296; hess. Entw. Art. 155, 157, bayr. Entw. Art. 459, dresd. Entw. Art. 577). Eine solche Bestimmung mag für das röm. Recht von großer Bedeutung gewesen sein; für das Gesetzbuch ist sie, da nach dem § 531 die Gegenleistung nicht in der Zahlung einer Geldsumme zu bestehen braucht, sondern beliebiger Art sein kann (vergl. zu § 503), von geringem Werthe. Nur als Auslegungsregel — sofern der Vertrag Zweifel läßt, ob der Parteiwille auf Eingehung eines Gesellschaftsvertrages gerichtet gewesen ist — könnte sie noch einiges Gewicht haben, obschon auch dieses durch die Voraussetzung, daß die Quote der Früchte als „Pachtzins" bedungen sein muß, bedeutend gemindert wird. Ueberdies ergiebt der § 533, daß der Pachtzins in einer Quote der Früchte des Pachtgegenstandes bestehen kann. **Form.** Den Pachtvertrag, wenigstens in gewissen Fällen, an eine Form zu knüpfen (bayr. Entw. Art. 460; schweiz. Bd. Ges. Art. 275, 297), hat der Entwurf aus denselben Gründen abgelehnt, aus welchen er sich für die Formfreiheit des Miethvertrages entschieden hat (vergl. zu § 503).

§ 532.

Anwendbarkeit der Vorschriften über Miethe. Die Bestimmung des § 532 rechtfertigt sich durch die nahe Verwandtschaft zwischen Miethe und Pacht. Da die direkte Anwendung der für den Miethvertrag geltenden Vorschriften, auch abgesehen von den in den §§ 533, 548 gegebenen besonderen Bestimmungen, nicht überall zutrifft, so sind jene

Vorschriften durch den § 532 — abweichend von dem dresd. Entw. Art. 578 — nicht für anwendbar, sondern nach dem Vorgange des schweiz. Bd. Ges. Art. 297 nur für entsprechend anwendbar erklärt.

Miethe unbew. Sachen mit Fruchtgenuß eines Grundstückes.

Einzelne Gesetzgebungen enthalten für den Fall, daß bei der Miethe einer unbeweglichen Sache zugleich ein Grundstück zum Fruchtgenusse überlassen ist, die besondere Bestimmung, daß für die Entscheidung der Frage, ob in einem solchen Falle der Vertrag nach den für die Miethe oder nach den für die Pacht geltenden Vorschriften zu beurtheilen sei, die Beschaffenheit der Hauptsache maßgebend sein solle (preuß. A. L. R. I, 21 § 260; österr. G. B. § 1091; hess. Entw. Art. 155). Auch der Entwurf geht davon aus, daß in einem solchen Falle die Entscheidung, ob Miethe oder Pacht vorliegt, davon abhängt, welcher Gegenstand als die Hauptsache sich darstellt, daß jedoch nicht ausgeschlossen ist, ungeachtet der hiernach zu treffenden Entscheidung, in Ansehung gewisser Einzelheiten die für das andere Verhältniß maßgebenden Vorschriften anzuwenden. Besondere Bestimmungen in dieser Beziehung aufzunehmen, ist indessen nicht als angemessen erachtet.

§ 533.

Ueberlassung des Fruchtgenusses an Andere.

Unterpacht.

Der § 533 enthält eine Modifikation der durch § 532 auch auf den Pachtvertrag für entsprechend anwendbar erklärten Bestimmung des § 516. Bei der Theilpacht muß davon ausgegangen werden, daß die Ueberlassung des Fruchtgenusses an einen Anderen, insbesondere auch durch weiteres Verpachten, dem Willen der Parteien, namentlich dem Willen des Verpächters, nicht gemäß, daß also die Zulässigkeit einer solchen Ueberlassung stillschweigend ausgeschlossen ist (vergl. auch code civil Art. 1763, 1764; sächs. G. B. § 1194; bayr. Entw. Art. 465, dresd. Entw. Art. 582).

§ 534.

Remissionsansprüche des Pächters. Geltendes Recht.

Nach dem Vorgange des röm. Rechtes (l. 15 §§ 2—5, 7 D. loc. 19, 2) geben die meisten neueren Gesetzgebungswerke bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke dem Pächter das Recht, einen Nachlaß am Pachtzinse zu verlangen, wenn durch außerordentliche Unglücksfälle die Fruchtgewinnung in beträchtlichem Maße geschmälert ist. Im Vergleiche zum röm. und gemeinen Rechte, welches übrigens, soviel den Rechtsgrund und die Voraussetzungen des sog. Remissionsanspruches betrifft, vielfach bestritten ist, haben aber einzelne neuere Gesetzgebungswerke den hier fraglichen Anspruch des Pächters theils ausgedehnt, theils in dem Bestreben, zu verhindern, daß die Billigkeit gegen den Pächter in eine Unbilligkeit gegen den Verpächter umschlägt, an strengere Voraussetzungen geknüpft. Dahin gehören namentlich das preuß. A. L. R., welches in den §§ 478—596 I, 21 sehr detaillirte Vorschriften über die Remission bei der Landgüterpacht enthält, ferner der hess. Entw. Art. 197—201 und der bayr. Entw. Art. 473—476, während das franz. Recht (code civil Art. 1770—1773) und das schweiz. Bd. Ges. Art. 308 im Wesentlichen mit dem gemeinen

Rechte übereinstimmen. Dagegen hat das österr. G. B. § 1105 einen Remissionsanspruch überhaupt nur bei einjährigen Pachtungen anerkannt und das sächs. G. B. § 1212 und der dresd. Entw. Art. 584 haben den hier Entwurf. in Rede stehenden Anspruch des Pächters gänzlich beseitigt. Auch der vorliegende Entwurf hat sich für die gänzliche Beseitigung des Remissionsanspruches entschieden. Er geht mit dem sächs. G. B. und dem dresd. Entw. davon aus, daß der Verpächter vermöge der ihm nach dem § 524 obliegenden Verpflichtung, dem Pächter den Fruchtgenuß des Pachtgegenstandes zu gewähren, nach Maßgabe der allgemeinen die Gewährleistungspflicht des Verpächters regelnden Grundsätze (§ 368 Abs. 1, §§ 505, 506, 529, 530, 532) zwar die Gefahr solcher Unglücksfälle zu tragen hat, welche, den Pachtgegenstand selbst treffend, überhaupt die Möglichkeit der Fruchtziehung ausschließen oder beeinträchtigen, z. B. das verpachtete Grundstück zur Fruchtbestellung untauglich machen, daß dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen der Verpächter nicht auch die Wirklichkeit des Fruchtbezuges zu vertreten hat, vielmehr ein Zufall, welcher die Früchte oder deren Entstehung trifft, von dem Pächter getragen werden muß und dem letzteren folglich wegen eines solchen Zufalles weder das Recht zusteht, den Pachtzins zu mindern, noch auch das Recht, von dem Vertrage für die Zukunft zurückzutreten. Erscheint aber von diesem Standpunkte aus das Recht des Pächters, in Fällen der letzteren Art den Pachtzins zu mindern, ein des rechtlichen Fundamentes entbehrendes, blos auf Billigkeit beruhendes Recht, so läßt sich die Anerkennung desselben kraft positiver Vorschrift nur dann rechtfertigen, wenn sie durch ein dringendes praktisches Bedürfniß geboten ist. Ein solches Bedürfniß liegt aber, wenigstens bei den Verhältnissen der Gegenwart, nicht vor. In dieser Beziehung kommt namentlich in Betracht, daß der Pächter gegen Verlust durch die hier fraglichen Unglücksfälle in manchen Fällen, insbesondere gegen Verlust durch Hagelschlag, dem häufigsten und gewöhnlichsten der hier in Frage kommenden Unglücksfälle, sich durch Versicherung schützen kann, daß ferner für die Entschädigung wegen durch Krieg verursachter Beschädigungen in anderer Weise von der Gesetzgebung Vorsorge getroffen ist (vergl. § 35 des R. Ges. über die Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873). Auch dadurch wird das Bedürfniß, dem Pächter ein Recht auf Remission beizulegen, in der Jetztzeit wesentlich gemindert, daß bei dem gegenwärtigen Betriebe der Landwirthschaft die Pachtnutzung sich nicht blos auf den Bodenertrag beschränkt, sondern in vielen Fällen auch Nutzungen anderer Art, z. B. aus der Schafzucht, der Viehwirthschaft, sowie aus gewerblichen Unternehmungen, z. B. dem Betriebe von Brennereien und Ziegeleien, mit umfaßt und dadurch der Verlust in dem einen Betriebe durch den Gewinn in dem anderen häufig ausgeglichen wird. Dazu kommt, daß wegen der großen Schwierigkeiten, welche mit einer gerechten Ermittelung des am Pachtzinse nachzulassenden Betrages verbunden sind, und zur Vermeidung weitaussehender und oft chikanöser Prozesse erfahrungsmäßig in den Pachtverträgen von den Pächtern auf jeden Remissionsanspruch meistens verzichtet oder die Ermittelung der Größe des Minderertrages und des diesem entsprechenden Nachlasses am Pachtzinse durch Schiedsspruch vereinbart wird. Auf der anderen Seite ist allerdings nicht zu verkennen, daß die Be-

seitigung des gesetzlichen Anspruches auf Remission unter Umständen, namentlich bei kurzen Pachtungen und für den weniger vorsichtigen Pächter, zu Härten führen kann. Indessen fällt diese Erwägung gegenüber den gegen die gesetzliche Anerkennung jenes Anspruches sich erhebenden Bedenken nicht ins Gewicht. Es kann der Privatautonomie der Parteien überlassen werden, durch geeignete Vereinbarungen für die Beseitigung etwaiger Härten zu sorgen. Wo Unglücksfälle der hier fraglichen Art erfahrungsmäßig häufiger eintreten, pflegt ohnehin mit Rücksicht darauf der Pachtzins von vornherein niedriger bestimmt zu werden, als dies sonst der Fall sein würde.

Abweichend von der Fassung des sächs. G. B. § 1212 und des dresd. Entw. Art. 584 redet der § 534 nicht blos von einem Zufalle, welcher die Früchte, sondern von einem Zufalle, welcher die Früchte oder deren Entstehung trifft. Es ist diese Fassung gewählt, um das Mißverständniß zu beseitigen, daß die Bestimmung des § 534 sich nur auf die stehenden oder gewonnenen Früchte beziehe.

Wie die Fassung des § 534 ferner ergiebt, gilt die Bestimmung desselben allgemein für jede Pacht, nicht blos für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke. Eine solche Beschränkung würde mit dem dem § 534 zu Grunde liegenden Prinzipe nicht im Einklange stehen.

§ 535.

Der § 535 befaßt sich mit dem Falle, wenn ein Grundstück mit einem zur Benutzung desselben dienenden Inventare verpachtet ist. Im Allgemeinen sind in einem solchen Falle, soviel in Ermangelung einer besonderen Uebereinkunft die Gestaltung des Rechtsverhältnisses in Ansehung des Inventares betrifft, die für den Pachtvertrag geltenden Rechtsnormen als genügend zu erachten, um die in Betracht kommenden Fragen zu entscheiden. Insbesondere braucht nicht mit dem bayr. Entw. Art. 469 und dem dresd. Entw. Art. 586 bestimmt zu werden, daß der Pächter zum Gebrauche berechtigt und zur Rückgabe im empfangenen Zustande nach Maßgabe des § 520 verpflichtet ist, da sich dies schon aus den §§ 531, 532, 520 ergiebt. Dagegen empfiehlt es sich, das Recht des Pächters auf den Fruchtgenuß und die Ergänzungspflicht des Verpächters besonders hervorzuheben (vergl. bayr. Entw. Art. 469, dresd. Entw. Art. 586, ferner über die Vorschriften des preuß. A. L. R. wegen der Ergänzungspflicht des Verpächters eines Landgutes die Bestimmungen in den §§ 453—473 I, 21); denn in beiderlei Hinsicht könnte die Zulänglichkeit der allgemeinen Rechtsnormen bezweifelt werden, in der ersteren Beziehung auf Grund der Auffassung, daß in Ansehung des Inventares der Pächter nur als Miether erscheine, in letzterer Beziehung auf Grund der Aufstellung, daß der Verpächter sich nach dem Wesen des Vertrages zur Erhaltung des Inventares in dem übergebenen Umfange u. s. w. während der Dauer der Pacht nicht verpflichtet und demzufolge der Pächter in dem unterstellten Falle eines von ihm nicht zu vertretenden Abganges nur ein Recht auf Minderung des Zinses habe. Die Aufnahme der hierauf bezüglichen Bestimmung macht es aber zu-

Verpachtung eines Grundstückes mit Inventar.

Recht des Pächters auf Fruchtgenuß; Ergänzungspflicht des Verpächters,

Verpflichtung des Pächters zur Unterhaltung ꝛc.

gleich nothwendig, mit dem bayr. Entw. Art. 469 und dem dresd. Entw. Art. 586 durch die an sich nicht selbstverständliche Verpflichtung des Pächters zur Unterhaltung und Ausbesserung des Inventares die Ergänzungspflicht des Verpächters zu begrenzen. Dagegen ist es entbehrlich, mit dem bayr. Entwurfe noch besonders hervorzuheben, daß der Pächter auch die Kurkosten zu bestreiten habe, da die Haftung für dieselben sich aus der Unterhaltspflicht des Pächters ergiebt.

Abweichend von dem bayr. und dem dresd. Entwurfe ist die Bestimmung des § 535 nicht blos auf die Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes beschränkt, sondern allgemein auf die Pacht eines Grundstückes ausgedehnt. Diese Ausdehnung ist nicht nur völlig unbedenklich, sondern überdies mit dem Vortheile verbunden, daß die mitunter zweifelhafte Frage, ob das verpachtete Grundstück ein landwirthschaftliches ist oder nicht, entbehrlich wird.

Der in § 535 gebrauchte Ausdruck „Inventar" bedarf, weil er allgemein verständlich ist, keiner Verdeutlichung. Von einer solchen ist um so mehr abzusehen, als sie eine mit großen Schwierigkeiten verbundene Definition nöthig machen würde (vergl. auch § 791).

§ 536.

Pfandrecht d. Pächters am Inventare.

Der § 536 ist in Rücksicht auf die Vorschrift des § 41 Nr. 3 der Konk. O. aufgenommen, welche durch die meisten Landesgesetzgebungen bei Gelegenheit der Ausführung der Reichsjustizgesetze auch außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß der Gläubiger untereinander ausgedehnt ist. Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 521 entspricht der Analogie des Verhältnisses.

§ 537.

Pacht eines Grundstückes ꝛc. ohne Bestimmung einer Pachtzeit.

Der § 537 enthält eine Modifikation der nach § 522 für die Miethe geltenden Bestimmungen für den Fall, daß bei der Pacht eines Grundstückes oder eines Rechtes die Pachtzeit nicht bestimmt ist. Die Modifikation betrifft jedoch nicht den im § 522 für die Miethe anerkannten Grundsatz, daß in Ermangelung einer Bestimmung der Miethzeit das Miethverhältniß als auf unbestimmte Zeit unter einem beiden Theilen zustehenden Kündigungsrechte

Kündigung.

für eingegangen erachtet wird, sondern nur die Zeit, auf welche die Kündigung zulässig ist, und die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist. Zwar haben einzelne neuere Gesetzgebungswerke in dem unterstellten Falle das Verhältniß grundsätzlich bei der Pacht oder doch bei gewissen Arten der Pacht anders geregelt, als bei der Miethe. So bestimmen nach dem Vorgange des code civil Art. 1774, 1775, der hess. Entw. Art. 203, der bayr. Entw. Art. 477 und der dresd. Entw. Art. 588 Abs. 1, daß, wenn bei der Verpachtung landwirthschaftlicher Grundstücke die Pachtzeit nicht bestimmt ist, angenommen werden solle, daß letztere so lange dauert, als zur vollständigen Ziehung einer Ernte von sämmtlichen gepachteten Grundstücken erforderlich ist, während nach dem bayr.

Entw. Art. 478 und dem dresd. Entw. Art. 588 Abs. 2 der Pachtvertrag über andere Gegenstände im Zweifel als auf ein Jahr geschlossen gelten soll. Es liegen jedoch keine genügenden Gründe vor, in der hier fraglichen Beziehung zwischen Miethe und Pacht zu unterscheiden (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 21 §§ 340, 342—344; österr. G. B. § 1116; schweiz. Bd. Ges. Art. 309; sächs. G. B. § 1216).

Dagegen müssen jedenfalls für die Pacht von Grundstücken die Zeit, auf welche die Kündigung zulässig ist, und die gesetzliche Kündigungsfrist anders bestimmt werden, als dies nach § 522 bei der Miethe der Fall ist. Hinsichtlich der Grundstücke zeigt sich zwischen Miethe und Pacht ein wesentlicher Unterschied. Das Gebrauchsrecht des Miethers bleibt sich — auf die Zeit gesehen, in welcher der Miether aus dem Gebrauche Vortheil zieht — während der ganzen Dauer des Miethverhältnisses in der Regel fortwährend gleich, z. B. in den wichtigen Fällen der Wohnungsmiethe. Anders verhält es sich bei der Pacht. Der Pächter eines Grundstückes, insbesondere der eines landwirthschaftlichen Grundstückes, gelangt zum thatsächlichen Fruchtgenusse meist nur während einer kürzeren oder längeren Zeit des Jahres. Es leuchtet daher ein, daß für solche Pachtverhältnisse die Bestimmung einer Kündigungsfrist erforderlich ist, welche beide Theile nöthigt, das erste Jahr und, wenn in diesem nicht rechtzeitig gekündigt ist, auch das folgende u. s. w. die Pacht auszuhalten. Weiter ergiebt sich — mindestens für landwirthschaftliche Grundstücke — die Nothwendigkeit der Festsetzung einer geräumigen Kündigungsfrist, weil in der Regel das Ende der Pacht beide Theile behufs Abwendung von Nachtheilen zu Vorbereitungen veranlassen wird, welche erhebliche Zeit erfordern. Für landwirthschaftliche Grundstücke erscheint als angemessene Frist eine Frist von sechs Monaten, zumal dieselbe herkömmlich und in verschiedenen Gesetzgebungen anerkannt ist (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 342, 343; österr. G. B. § 1116; sächs. G. B. §§ 1216, 1215; schweiz. Bd. Ges. Art. 309; preuß. Ausf. Ges. zur Konk. O. v. 6. März 1879 für den Bezirk des A. G. zu Frankfurt a. M. § 1; altenb. Ausf. Ges. zur Konk. O. v. 26. März 1879 § 1; gotha. Ausf. Ges. zur Konk. O. v. 7. April 1879 § 1; meining. Ausf. Ges. zur Konk. O. v. 20. Juni 1879 § 1 und verschiedene andere Ausf. Gesetze zur Konk. O.). Die gleiche Frist kann aber mit den erwähnten Gesetzgebungen unbedenklich auch für andere Grundstücke bestimmt werden. Das Gesetz gewinnt zudem an Einfachheit, wenn für Grundstücke allgemein, ohne Rücksicht auf die Art ihrer Beschaffenheit, die Festsetzung einer einheitlichen Frist erfolgt, deren Abänderung nach den besonderen Bedürfnissen des Falles dem Vertragschließenden überlassen bleibt.

Kündigungstermin, Kündigungsfrist.

Anlangend die Berechnung des Jahres, so liegt es nahe, bei landwirthschaftlichen Grundstücken das Wirthschaftsjahr als entscheidend zu bezeichnen (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 343; schweiz. Bd. Ges. Art. 309 — Martinstag —; ferner die oben bezeichneten Ausf. Gesetze zur Konk. O.). Gegen eine solche Regelung erhebt sich jedoch das Bedenken, daß der Begriff des Wirthschaftsjahres ein überaus schwankender und unbestimmter ist und am wenigsten bei der Verschiedenheit der klimatischen und anderen Verhältnisse durch das Gesetz sich fixiren läßt. Es ist deshalb im Einklange mit ver-

Berechnung des Pachtjahres

schiedenen zur Ausführung des § 17 Nr. 1 der Konk. O. erlassenen Landesgesetzen das mit dem Beginne der Pacht anfangende bewegliche Jahr (Pachtjahr) für maßgebend erklärt, zumal dieses Jahr bei landwirthschaftlichen Grundstücken in den weitaus meisten Fällen mit dem sog. Wirthschaftsjahre zusammentreffen wird. Bei anderen als landwirthschaftlichen Grundstücken kann für die die Regel bildenden Fälle die entscheidende Bedeutung des Pachtjahres noch weniger einem Bedenken unterliegen.

Die in den hervorgehobenen Beziehungen für die Pacht von Grundstücken gegebenen Vorschriften sollen — schon im Interesse der Einfachheit des Gesetzes — auch für die Pacht von Rechten maßgebend sein (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 342; sächs. G. B. § 1216). Dabei braucht auf den Fall der Verpachtung eines Rechtes an einer beweglichen Sache keine besondere Rücksicht genommen zu werden, da, wenn er vorkommen sollte, die Verpachtung der Sache selbst anzunehmen sein wird.

Kündigung bei Pacht beweglicher Sachen.

Ein Grund, die Vorschriften des § 522, soweit sich dieselben auf die Miethe beweglicher Sachen beziehen, von der Anwendung auf die Pacht beweglicher Sachen auszuschließen, liegt nicht vor. Bei der Miethe sind in § 522 Abs. 4, 5, 7 noch besondere Vorschriften hinsichtlich der Kündigung für solche Fälle gegeben, in welchen der Zins nach gewissen Zeitabschnitten bemessen ist. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf die Pacht eines Grundstückes oder eines Rechtes schließt der § 537 Abs. 1 aus, da in den wichtigsten, bei der gesetzlichen Regelung im Vordergrunde stehenden Fällen der Pacht die Bemessung des Zinses nach Zeitabschnitten fast ausnahmlos eine andere Bedeutung wie bei der Miethe hat, nämlich nur die, für die Zeit der Zinszahlung einen Anhalt zu gewinnen. Es erklärt sich dies aus der oben bereits hervorgehobenen Verschiedenheit zwischen Miethe und Pacht.

Kauf bricht Pacht. Zulässige Dauer 2c.

Die Bestimmung des Abs. 3 ist eine Konsequenz der Vorschriften des Abs. 2 und der Gründe, auf welchen die in den §§ 509, 510, 523 bestimmte Kündigungsfrist beruht.

§ 538.

Tod des Pächters.

Die im § 526 für die Miethe getroffene Bestimmung beruht namentlich auf der Erwägung, daß bei der vorzugsweise in Betracht kommenden Wohnungsmiethe der Gebrauch des gemietheten Gegenstandes regelmäßig nur zur Befriedigung eines persönlichen Bedürfnisses des Miethers dient. Ein Gleiches läßt sich bei der Pacht, und namentlich bei der vorzugsweise zu berücksichtigenden Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes, nicht behaupten. Noch wichtiger aber sind die erheblichen Vermögensinteressen, die meist in den Fällen der Grundstückspacht für den einen oder anderen Theil durch eine in dem Pachtvertrage nicht vorgesehene Kündigung auf dem Spiele stehen. Eine solche Kündigung kann nicht selten zu den größten Verlusten für denjenigen führen, gegen welchen das Kündigungsrecht ausgeübt wird. Der Entwurf hat daher, obwohl die Gesetzgebungen, welche der Bestimmung des § 526 zum Vorbilde gedient haben, auch bei der Pacht im Falle des Todes des Pächters dem Erben desselben und dem Verpächter das Recht der Kündigung beilegen (preuß.

A. L. R. I, 21 §§ 368, 369, 374; schweiz. Bd. Ges. Art. 316), im Einklange mit der Mehrzahl der bestehenden Rechte und mit den neueren Entwürfen für die Pacht an der Regel festgehalten, daß die Rechte und Pflichten aus vermögensrechtlichen Verträgen durch den Tod eines Theiles keine Aenderung erleiden (§ 292). Entspricht dies nicht der Intention der Parteien, so mögen sie bei Abschluß des Vertrages dasjenige vereinbaren, was sie für angemessen halten.

Versetzung des Pächters.

Daß der nur von der Wohnungsmiethe handelnde § 527 auf die Pacht keine Anwendung finden kann, ergiebt sich aus der Verschiedenheit der Verhältnisse von selbst.

Konkurs.

Ueber den Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Pächters oder Verpächters auf den Bestand des Pachtvertrages ist, weil in den Bereich der Konk. O. fallend (vergl. die §§ 17, 18 der Konk. O.), in dem Gesetzbuche nichts bestimmt.

§ 539.

Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke: Zeit der Entrichtung des Pachtzinses;

Einzelne Gesetzgebungen bestimmen ganz allgemein, ohne in dieser Beziehung zwischen Miethe und Pacht zu unterscheiden, daß der Mieth- und Pachtzins, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, vierteljährlich entrichtet werden muß (preuß. A. L. R. I, 21 § 297; sächs. G. B. § 1204 — bei einer Mieth- oder Pachtzeit von mindestens sechs Monaten). Für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke ist eine solche Bestimmung jedoch nicht geeignet, da bei derselben die Entrichtung des Zinses in Vierteljahrsraten nicht üblich ist. Der § 539 erklärt deshalb die Bestimmung des zweiten Satzes des § 517 auf die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke für unanwendbar. Für die Pacht solcher Grundstücke gilt mithin nur die Regel des ersten Satzes des § 517. Dieses Ergebniß ist auch durchaus angemessen, da in den betreffenden Fällen der Zins regelmäßig nach einem Jahre bemessen ist und folglich gemäß der Regel des ersten Satzes des § 517 jährlich entrichtet werden muß (vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 307). Die Anwendbarkeit des zweiten Satzes des § 517 noch in weiterem Umfange — nämlich auch für die Pacht anderer als landwirthschaftlicher Grundstücke und für die Pacht der in § 781 Abs. 2 bezeichneten Gerechtigkeiten — auszuschließen, ist dagegen nicht erforderlich, überdies, soviel die Pacht anderer als landwirthschaftlicher Grundstücke betrifft, schon um deswillen bedenklich, weil in manchen Fällen, in welchen ein nicht landwirthschaftliches Grundstück den Gegenstand des Vertrages bildet, erhebliche Zweifel entstehen könnten, ob Pacht oder Miethe vorliegt.

§ 540.

gewöhnliche Ausbesserungen;

Der § 540 enthält für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke eine Ausnahme von der nach den §§ 504, 532 auch für die Pacht geltenden Regel, daß der Verpächter den verpachteten Gegenstand während der ganzen Pachtzeit in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche und Fruchtgenusse geeigneten Zustande zu erhalten hat. Die Ausnahme steht mit der Verkehrssitte im Ein-

klange. Es ist allgemein gebräuchlich, daß bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke dem Pächter die gewöhnlichen Ausbesserungen der Gebäude u. s. w. auf seine Kosten obliegen. Aehnliche Bestimmungen finden sich auch im bayr. Entw. Art. 466, im dresd. Entw. Art. 583 und im schweiz. Bd. Ges. Art. 304 (vergl. ferner die Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 21 §§ 440—444, 447, 448, 450). Der Ausdruck „gewöhnliche Ausbesserungen" in § 530 (vergl. auch § 998) mag etwas unbestimmt sein. Indessen muß das Gesetz darauf verzichten, den Begriff durch Einzelvorschriften noch weiter zu verdeutlichen. Im Großen und Ganzen kann der richtige Sinn um so weniger verkannt werden, als die beigefügten Beispiele auf denselben genügend hinweisen. Der dresd. Entw. a. a. O. spricht von solchen gewöhnlichen Ausbesserungen, welche mit der Benutzung des Grundstückes in Verbindung stehen. Ein derartiger Zusatz ist jedoch ungerechtfertigt, zudem unklar und nur geeignet, eine Menge von Zweifeln hervorzurufen.

§ 541.

Aenderungen in der Bewirthschaftung;

Die Bestimmung des § 541 entspricht im Wesentlichen dem preuß. A. L. R. I, 21 §§ 435, 436, dem bayr. Entw. Art. 464, dem dresd. Entw. Art. 581 Satz 2 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 303 Abs. 2. Das letztere hat jedoch die Bestimmung nicht auf die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke beschränkt, sondern auf jede Pacht ausgedehnt. In der Beschränkung auf die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke kann die Angemessenheit der Bestimmung des § 541 nicht verkannt werden. Wenngleich die Bestimmung vielleicht schon aus allgemeinen Grundsätzen, insbesondere aus dem Prinzipe des § 359, hergeleitet werden könnte, so ist es doch zur Vermeidung von Zweifeln rathsam, dieselbe ausdrücklich auszusprechen.

Pflicht zu wirthschaftlicher Benutzung und Erhaltung.

Dagegen ist die in verschiedenen neueren Gesetzgebungswerken sich findende weitere Bestimmung, daß der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstückes (Landgutes) dasselbe in „nutzbarem Stande" oder in „baulichem Zustande" zu erhalten oder dasselbe „wirthschaftlich zu benutzen" habe (preuß. A. L. R. I, 21 § 433; code civil Art. 1766; hess. Entw. Art. 193, bayr. Entw. Art. 463, dresd. Entw. Art. 581 Satz 1), im Hinblicke auf die allgemeinen Grundsätze, insbesondere das Prinzip des § 359, entbehrlich. Aus demselben Grunde ist auch bei der Miethe die Vorschrift, daß der Miether die gemiethete Sache mit der Sorgfalt eines sorgsamen Hausvaters zu behandeln habe, nicht aufgenommen (vergl. die Motive zu § 519). Für jene Bestimmung ließe sich zwar der besondere Grund anführen, daß bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes das Recht des Pächters auf den Fruchtgenuß in der Wirthschaftlichkeit der Benutzung seine Schranken findet. Indessen, näher betrachtet, folgt auch dies aus der jedem Pächter oder Miether obliegenden Pflicht, sein Gebrauchs- und Fruchtgenußrecht innerhalb der aus der Natur des Vertrages, der Verkehrssitte und der Rücksicht auf Treue und Glauben sich ergebenden Grenzen (§ 359) auszuüben. Ueberdies wird durch so unbestimmte Ausdrücke, als „in nutzbarem Stande" oder „in baulichem Zustande erhalten" oder „wirthschaftlich benutzen", nur wenig erreicht und sind dieselben geeignet, mancherlei Zweifel

über den Umfang der Verpflichtungen des Pächters hervorzurufen. Außerdem erhebt sich gegen die in Rede stehende Bestimmung, wenigstens in der oben gedachten Fassung der neueren Gesetzgebungswerke, das Bedenken, daß sie das Verständniß zuläßt, als sei der Pächter stets verpflichtet, das Grundstück nicht unbenutzt zu lassen, — eine Verpflichtung, die ihm doch nur unter der Voraussetzung obliegen kann, wenn die Nichtbenutzung eine Verschlechterung des Grundstückes nach sich zu ziehen droht. Aehnliche Erwägungen, wie die vorstehenden, sprechen auch gegen die Bestimmung des schweiz. Bd. Ges. Art. 303 Abs. 1, daß der Pächter verpflichtet ist, den gepachteten Gegenstand seiner Bestimmung gemäß ordentlich zu benutzen, insbesondere für nachhaltige Ertragsfähigkeit desselben zu sorgen. Eine solche Bestimmung erscheint sogar durch die Ausdehnung auf jede Pacht und durch die Hinweisung auf die Erhaltung der Ertragsfähigkeit insofern noch weniger passend, als eine Verpflichtung der letzteren Art dem Pächter nicht ausnahmslos bei jeder Pacht obliegt.

§ 542.

Stillschweigende Verlängerung der Pacht;

Die Bestimmungen des § 524 über die stillschweigende Verlängerung der Miethe passen auch für die Pacht, insbesondere auch für die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke. Setzt der Pächter nach Ablauf der Pachtzeit die Benutzung des Pachtgegenstandes mit Wissen und Willen des Verpächters fort, so darf mit demselben Rechte, mit welchem bei der entsprechenden Fortsetzung des Gebrauches einer vermietheten Sache eine stillschweigende Verlängerung des Miethverhältnisses auf unbestimmte Zeit angenommen wird, eine gleiche Verlängerung des Pachtverhältnisses als beiderseits gewollt angesehen werden. Aber auch insofern, als der § 524 eine zweiwöchige Frist bestimmt, binnen welcher jeder Theil durch eine entgegenstehende Erklärung die Verlängerung auszuschließen vermag, paßt er für die Pacht, indem eine Verschiedenheit der zu würdigenden Verhältnisse nicht vorliegt. Da jedoch nach § 532 der § 524 auf die Pacht blos entsprechend anwendbar ist, so hängt seine Anwendung allerdings von der Voraussetzung ab, daß der Pächter nicht blos den Gebrauch des Pachtgegenstandes fortgesetzt, z. B. bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes eine dazu gehörige Wohnung inne behalten, sondern auch durch genügende Handlungen den Willen, den Pachtgegenstand auch ferner zum Fruchtgenusse benutzen zu wollen, offenbart hat. Mit dem Entwurfe stimmen die bestehenden Rechte und die neueren Entwürfe insofern überein, als auch sie die für die stillschweigende Verlängerung der Miethe gegebenen Bestimmungen auf die Pacht anwenden; nur darin weichen sie zum Theil ab, daß sie die Pacht nicht, wie die Miethe, auf unbestimmte Zeit, sondern auf eine bestimmte Zeit verlängert ansehen, was sich daraus erklärt, daß sie auch in dem Falle, wenn bei der Pacht die Pachtzeit nicht bestimmt ist, nicht den für die Miethe angenommenen Grundsatz festhalten, daß das Miethverhältniß als auf unbestimmte Zeit unter einem beiden Theilen zustehenden Kündigungsrechte für eingegangen erachtet wird (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 §§ 325—331; österr. G. B. §§ 1114, 1115, verb. mit der österr. Verordn. v. 16. November 1858

§ 22; code civil Art. 1776, 1774; sächs. G. B. § 1218; schweiz. Bd. Ges. Art. 311; hess. Entw. Art. 203, bayr. Entw. Art. 479, dresd. Entw. Art. 388 Abs. 3).

thatsächliche Fortsetzung.

In Abweichung von dem preuß. A. L. R. (vergl. I, 21 §§ 334, 335), aber in Uebereinstimmung mit dem sächs. G. B. § 1219 und dem dresd. Entw. Art. 570, 578 soll auch die Bestimmung des § 525 auf die Pacht entsprechende Anwendung finden, auf die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke jedoch nur mit der aus dem § 542 sich ergebenden Beschränkung, weil ohne die letztere bei der Eigenthümlichkeit der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes, bei welcher der thatsächliche Fruchtgenuß sich nicht gleichmäßig auf die Pachtzeit vertheilt, oft eine auffallende Unbilligkeit zum Nachtheile des Pächters sich herausstellen würde. Da der § 525 nach § 532 auf die Pacht nur entsprechende Anwendung findet, so kann es zweifelhaft sein, ob jene Beschränkung sich nicht von selbst versteht. Indessen ist es rathsam, die Beschränkung auszusprechen, damit einer nicht unwichtigen Streitfrage vorgebeugt wird.

§ 543.

Gesetzl. Pfandrecht des Verpächters: a) bei landw. Grundstücken

Während gemeinrechtlich der Verpächter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstückes wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage ein gesetzliches Pfandrecht zwar an den auf dem Grundstücke von dem Pächter gezogenen Früchten, aber nach der herrschenden Meinung nicht auch an den auf das Grundstück eingebrachten Sachen hat, legen die neueren Gesetzgebungen in derselben Art und demselben Umfange, wie dem Vermiether, so auch dem Verpächter eines Grundstückes je nach der Verschiedenheit des Standpunktes, den sie in dieser Beziehung bei der Miethe einnehmen, ein gesetzliches Pfandrecht bezw. ein Zurückbehaltungsrecht oder Vorzugsrecht an den auf das Grundstück eingebrachten Sachen und — wenigstens die meisten — außerdem an den Früchten des Grundstückes bei (l. 7 pr. D. in quibus causis pign. 20, 2; l. 5 Cod. de loc. et cond. 4, 65; preuß. A. L. R. I, 21 § 395; österr. G. B. § 1101; code civil Art. 2102 Nr. 1; sächs. G. B. § 1228; schweiz. Bd. Ges. Art. 297, 294, 295; anhalt. Ges. v. 13. April 1870 § 3; oldenb. Gesetze v. 3. April 1876 Art. 18, v. 28. Januar 1879 Art. 3, v. 19. März 1879 Art. 3; braunschw. Ges. v. 8. März 1879 § 3; bayr. Ges. v. 23. Februar 1879 Art. 140, 199, 200; bad. Ges. v. 3. März 1879 § 21; hess. Ges. v. 4. Juni 1879 Art. 42, 43, 102; Ges. für Elsaß-Lothringen v. 8. Juli 1879 §§ 20, 22; vergl. auch § 41 Nr. 2 der Konk. O.

an den eingebrachten Sachen

Dieselben Gründe, auf denen der § 521 beruht, müssen dahin führen, bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes dem Verpächter wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage nach Maßgabe der Bestimmungen des § 521 Abs. 1—4 ein gesetzliches Pfandrecht sowohl an den eingebrachten Sachen des Pächters, als auch an den Früchten des Grundstückes zu gewähren;

und den Früchten;

doch soll der letzte Absatz des § 521 keine Anwendung finden, da nach dem § 41 Nr. 2 der Konk. O. auch das Absonderungsrecht des Verpächters nicht, wie nach § 41 Nr. 4 a. a. O. das Absonderungsrecht des Vermiethers, auf den Zins für das letzte Jahr beschränkt ist.

Von der Bestimmung, daß die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen auch dem Pfandrechte des Verpächters nicht unterliegen (§ 521 Abs. 1 Satz 2), sind Unzuträglichkeiten nicht zu befürchten, namentlich auch nicht wegen der Vorschrift des § 715 Nr. 5 der C. P. O. Wollte der Pächter die zum Betriebe oder zur Fortsetzung der Wirthschaft unentbehrlichen Gegenstände fortschaffen, so würde damit deren Entbehrlichkeit von ihm selbst anerkannt sein, folglich auch der Verpächter das Pfandrecht geltend machen dürfen.

Im Uebrigen wird zur Begründung des § 543 auf die Motive zu § 521 Bezug genommen.

Der Begriff der Früchte ist nach § 792 zwar ein weiterer als der der Erzeugnisse eines landwirthschaftlichen Grundstückes. Eine Ausdehnung der Vorschrift des § 543 auf die Verpachtung anderer als landwirthschaftlicher Grundstücke ist jedoch nicht für erforderlich erachtet. Für die Verpachtung anderer Grundstücke verbleibt es also schlechthin bei den Vorschriften des § 521 nach Maßgabe des § 532. b) bei anderen Grundstücken.

§ 544.

Der § 544 behandelt in der Beschränkung auf die Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes denselben Fall, wie der § 535, jedoch mit der Abweichung, daß er eine auf das Inventar sich beziehende besondere Uebereinkunft unterstellt, nämlich die Uebereinkunft, daß der Pächter das zur Benutzung des landwirthschaftlichen Grundstückes dienende Inventar nach einer Taxe zu übernehmen und nach einer Taxe zurückzugewähren habe. Er bezweckt, die Rechtsfolgen näher zu bestimmen, welche an einer solchen Uebereinkunft oder an einen solchen Nebenvertrag sich knüpfen, sofern nicht ein Anderes aus den Beredungen der Parteien sich ergiebt. Der Grund, weshalb solche Bestimmungen sich empfehlen, liegt in der Häufigkeit der betreffenden Uebereinkunft bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke, weshalb auch die meisten neueren Gesetzgebungswerke im Anschlusse an die Bestimmungen des gemeinen Rechtes über den sog. Eisernviehvertrag jene Uebereinkunft besonders geregelt haben (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 §§ 474—476; code civil Art. 1821—1826; sächs. G. B. § 1209; schweiz. Bd. Ges. Art. 318; hess. Entw. Art. 195, 196, bayr. Entw. Art. 468, dresd. Entw. Art. 585). Pacht landw. Grundstücke: mit Inventar nach einer Taxe.

In der näheren Präzisirung des hier in Rede stehenden Falles weichen übrigens die neueren Gesetzgebungen sowohl unter sich als von dem Entwurfe ab. Die einen unterstellen, daß der Pächter das Inventar zu einem bestimmt angeschlagenen Werthe mit der Verpflichtung übernommen habe, nach Beendigung des Pachtvertrages ein Inventar von gleichem Schätzungswerthe zurückzugeben (vergl. code civil Art. 1821; hess. Entw. Art. 195, dresd. Entw. Art. 585), die anderen machen den Eintritt der hier in Frage stehenden besonderen Rechtsfolgen nur von der Voraussetzung abhängig, daß das Inventar abgeschätzt übergeben ist (sächs. G. B. § 1209; schweiz. Bd. Ges. Art. 318). Der bayr. Entw. Art. 468 stellt als Voraussetzung hin, daß dem Pächter das Gutsinventar mit der Verabredung übergeben ist, daß er mit Ablauf der Pachtzeit ein Inventar von gleichem Schätzungswerthe, wie das 1. Inhalt der Uebereinkunft.

empfangene, zurücklassen soll, oder daß der Pächter dasselbe unter einem Werthanschlage ohne weitere Bestimmung übernommen hat. Dagegen knüpft das preuß. A. L. R. I, 21 §§ 474—476 die besonderen Rechtsfolgen des Eisernviehvertrages an die Voraussetzung, daß der Pächter das Inventar als eisern übernommen hat, und fügt hinzu, daß eine solche Uebernahme daraus allein, daß dem Pächter das Inventar nach einer Taxe übergeben sei, noch nicht folge.

Durch die Fassung der zuerst gedachten Gesetzgebungswerke, insbesondere auch durch die Fassung des dresd. Entw. Art. 585, wird die wirklich gemeinte Uebereinkunft der Parteien nur unvollkommen und nicht einmal korrekt ausgedrückt, indem namentlich die Worte „von gleichem Schätzungswerthe" einen unrichtigen Sinn ergeben und zudem die Voraussetzung in einer die Anwendbarkeit des Gesetzes schwer beeinträchtigenden Weise beengen. Auf der anderen Seite ist es bedenklich, den Eintritt der im § 544 bezeichneten Rechtsfolgen lediglich davon abhängig zu machen, daß das Inventar nach einer Taxe übergeben worden ist, weil nur die Umstände des Falles für die Entscheidung maßgebend sein dürfen, welche Bedeutung einer solchen Taxation bei der Uebergabe nach der Absicht der Parteien beizumessen ist. Diese gegen die Fassung des dresd. Entw. und anderer neuerer Gesetzgebungen erhobenen Erinnerungen erledigen sich durch die Fassung des ersten Abs. des § 544. Dieselbe verdient auch deshalb den Vorzug, weil sie der im Verkehrsleben für die hier fragliche Uebereinkunft vorherrschenden Ausdrucksweise gerecht wird.

2. Rechte und Pflichten hinsichtlich des Inventares:

Als Folge der in Abs. 1 bezeichneten Uebereinkunft bestimmt der Abs. 2 des § 544 im Einklange mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen (preuß. A. L. R. I, 21 §§ 474, 475; code civil Art. 1822, 1825; sächs. G. B. § 1209; hess. Entw. Art. 195, bayr. Entw. Art. 468, dresd. Entw. Art. 585)

a) des Pächters: Gefahr;

zunächst, daß der Pächter die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Inventares zu tragen hat. Wenngleich diese Bestimmung aus den nachfolgenden Bestimmungen des § 544 hergeleitet werden kann, so muß sie doch wegen ihrer außerordentlichen Wichtigkeit einen besonderen und klaren Ausdruck finden. Dazu kommt, daß, wenn nicht das Gesetz an einer erheblichen Lücke leiden soll, über die Zeitdauer, während welcher der Pächter die Gefahr zu tragen hat, eine Bestimmung getroffen werden muß, weil sonst leicht der Zweifel entstehen könnte, ob der Pächter die Gefahr bis zu der Zeit der Rückgewähr oder nur während der Pachtzeit zu tragen hat. In Uebereinstimmung mit dem dresd. Entw. Art. 585 Abs. 2 — die übrigen neueren Gesetzgebungswerke entscheiden die Frage nicht ausdrücklich — bezeichnet der Abs. 2 das Ende der Pachtzeit als denjenigen Zeitpunkt, bis zu welchem der Pächter auf Grund der fraglichen Uebereinkunft die Gefahr zu tragen hat, da der in Rede stehenden Uebereinkunft präsumtiv nur der Sinn beigelegt werden kann, daß der Pächter nur so lange, als er Pächter ist — also nur während der Pachtzeit —, die Gefahr tragen soll. Wie es mit dem Tragen der Gefahr steht, wenn die Rückgewähr erst später erfolgt, bestimmt sich dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Vorschriften über die Folgen des Verzuges. Die Anwendung dieser Grundsätze würde durch die Bestimmung, daß der Pächter die Gefahr bis zur Rückgewähr zu tragen habe, zum Theil zweifelhaft und verdunkelt werden.

Die in verschiedenen neueren Gesetzgebungswerken sich findende Bestimmung, daß der Pächter das Recht auf den Gebrauch und die Nutzungen des Inventares erhalte (code civil Art. 1823, 1824; hess. Entw. Art. 195, bayr. Entw. Art. 468, dresd. Entw. Art. 585) ist, weil selbstverständlich, nicht aufgenommen. Dagegen ist nach dem Vorgange des preuß. Rechtes (Entsch. d. R. G. in Strafs. VII 11 S. 43), des sächs. G. B. § 1209 und des dresd. Entw. Art. 585 und in Uebereinstimmung mit einer auch für das gemeine Recht vertretenen Ansicht in Abs. 3 als eine besondere, der Absicht der Parteien entsprechende Folge der hier fraglichen Uebereinkunft bestimmt, daß der Pächter das Recht haben soll, über einzelne Stücke des Inventares innerhalb der Grenzen einer wirthschaftlichen Benutzung des Grundstückes zu verfügen (vergl. auch § 1000). Eine solche freiere Bewegung des Pächters ist gerade ein Hauptzweck der in Rede stehenden Uebereinkunft, da ohne das gedachte Verfügungsrecht der Pächter in dem landwirthschaftlichen Betriebe und der wirthschaftlichen Nutzung des Inventares vielfach gehindert wird. Verfügung über das Inventar;

Auf der anderen Seite liegt es im Sinne der fraglichen Uebereinkunft, dem Pächter die in Abs. 4 bestimmte Verpflichtung aufzuerlegen, das Inventar in dem Zustande, in welchem es ihm übergeben ist, wirthschaftsmäßig zu erhalten (vergl. auch sächs. G. B. § 1209; hess. Entw. Art. 196, bayr. Entw. Art. 468). Der Verpächter hat das größte Interesse, daß das Grundstück zu jeder Zeit mit einem zureichenden und angemessenem Inventare versehen ist. Diesem Interesse wird durch die Ansprüche nicht genügt, welche er geltend machen kann, wenn bei Beendigung der Pachtzeit die Rückgewährtaxe eine Unzulänglichkeit des vorhandenen Inventares und die Verpflichtung des Pächters zur Zahlung einer Differenzsumme ergiebt. Es reicht auch nicht aus, mit dem dresd. Entw. Art. 585 dem Pächter nur die Pflicht zur Ersetzung der abgegangenen Stücke aufzuerlegen. Ein noch vorhandenes Stück kann in Folge des Gebrauches oder eines Zufalles in einem Zustande sich befinden, der seine Brauchbarkeit, wenn nicht aufhebt, doch wesentlich mindert. Andererseits kommt zu Gunsten des Pächters die Möglichkeit in Betracht, daß die Ersetzung eines abgegangenen Stückes überflüssig ist, weil der Pächter vor dem Abgange ein anderes Stück angeschafft oder verbessert hat, welches einen Ersatz entbehrlich macht, oder weil in Folge der Aenderung in der Bewirthschaftung das eingegangene Stück zwecklos geworden ist. Aus diesem Grunde ist es nicht richtig, wenn das sächs. G. B. § 1209 und der bayr. Entw. Art. 568 neben der Verpflichtung des Pächters, das Inventar in dem Zustande, in welchem es ihm übergeben ist, wirthschaftsmäßig zu erhalten, die unbedingte Verpflichtung des Pächters aussprechen, die abgegangenen Stücke durch neue zu ersetzen. Daß der Pächter, wenn er das Inventar vermehrt und verbessert haben sollte, nicht verpflichtet ist, dasselbe in dem vermehrten und verbesserten Zustande zu erhalten, ergiebt die Fassung des Abs. 4 zur Genüge. Erhaltung;

Aus der Verpflichtung des Pächters zu Neuanschaffungen zum Zwecke der Erhaltung des Inventares folgt von selbst die weitere Verpflichtung desselben, dem Verpächter das Eigenthum der neu angeschafften Stücke zu verschaffen. Nach den allgemeinen Grundsätzen würde zu dieser Verschaffung erforderlich sein, daß der Pächter dem Verpächter die neu angeschafften Stücke b) des Verpächters: Eigenthumserwerb bei Neuanschaffung;

tradirt, was im Wege der brevi manu traditio oder des constitutum possessorium geschehen könnte (§§ 803, 805, 874). Dieser Weg kann jedoch nicht für genügend gehalten werden; der Abs. 5 bestimmt deshalb, daß dem Verpächter schon durch die Einverleibung des von dem Pächter neu angeschafften Stückes in das Inventar das Eigenthum ohne weitere Beredung zufällt (vergl. auch §§ 1000, 1825). Eine solche Bestimmung ist nicht nur im Interesse des Verpächters erforderlich, weil dieser sonst der Gefahr ausgesetzt ist, daß ihm bei einer langen Pachtperiode zuletzt das Eigenthum des Gutsinventares fehlt oder nur zum geringen Theile zusteht, sondern auch im Interesse der Hypothekengläubiger, da diesen nach den Bestimmungen des Sachenrechtes (§ 1067 Nr. 3) zugleich das Inventar haftet, diese Haftung aber bei einer langen Pachtperiode zuletzt ganz oder zum größten Theile nicht mehr bestehen würde. Wie der Anfall des Eigenthumes an den Verpächter juristisch zu konstruiren ist, hat das Gesetz nicht zu entscheiden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Konstruktion, welche in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis (Seuffert VII 283), insbesondere auch in der neuerlichen Judikatur des Reichsgerichtes (Entsch. in Straff. VII 11 S. 44) Anerkennung gefunden hat, Billigung verdient. Von selbst versteht sich, daß der Eigenthumserwerb des Verpächters von der thatsächlichen Einverleibung der neu angeschafften Stücke in das Inventar abhängt, wozu regelmäßig die Einbringung in das Grundstück nöthig sein wird. Aus praktischen Rücksichten ist dabei nicht unterschieden, ob die neuen Stücke zum Zwecke der Erhaltung oder ob sie zum Zwecke der Verbesserung und Vermehrung des Inventares angeschafft sind. Auch in dem letzteren Falle erwirbt der Verpächter das Eigenthum an denselben, sofern sie thatsächlich in das Inventar einverleibt worden sind. Da jedoch der Pächter nach Abs. 3 über einzelne Stücke des Inventares innerhalb der Grenzen einer wirthschaftlichen Benutzung des Grundstückes verfügen kann, so steht ihm insoweit, als die neu angeschafften Stücke zur wirthschaftsmäßigen Erhaltung des Inventares in dem empfangenen Zustande entbehrlich sind, das unbeschränkte Verfügungsrecht über dieselben zu.

Herausgabe des Inventares nach Beendigung; Nach Beendigung der Pacht hat der Pächter das alsdann vorhandene Inventar dem Verpächter auszufolgen (Abs. 6). Wenn einzelne Gesetzgebungswerke bestimmen, daß der Pächter ein nach Stückzahl und Schätzungswerth, andere, daß er ein nach Gattung und Schätzungswerth, wieder andere, daß er ein nach Beschaffenheit, Umfang und Schätzungswerth dem übernommenen gleichkommendes Inventar dem Verpächter zurückzugeben habe (sächs. G. B. § 1209; schweiz. Bd. Ges. Art. 318; bayr. Entw. Art. 468, dresd. Entw. Art. 585), so werden diese Bestimmungen dem Sinne der Uebereinkunft, daß das Inventar nach einer Taxe übergeben und nach einer Taxe zurückgewährt werden solle, nicht völlig gerecht werden. Nicht darauf kann es ankommen, ob das vom Pächter zurückgelassene Inventar dem übernommenen genau an Stückzahl oder an Umfang und Beschaffenheit gleichkommt, sondern ob der Pächter das Inventar in dem Zustande, in welchem es ihm übergeben ist, wirthschaftsmäßig erhalten hat. Andererseits entspricht es dem Sinne der unterstellten Uebereinkunft, daß dem Verpächter bei Beendigung der Pacht das alsdann vorhandene Inventar ganz ausgefolgt wird.

Ergiebt die bei der Rückgewähr des Inventares aufzunehmende neue Taxe, daß der Werth des vorhandenen Inventares hinter der Uebergabetaxe zurückbleibt, so kann es nach dem Sinne der fraglichen Uebereinkunft nicht zweifelhaft sein, daß der Pächter dem Verpächter die Differenz der beiden Taxen zu zahlen hat (vergl. auch code civil Art. 1826; schweiz. Bd. Ges. Art. 318; hess. Entw. Art. 196, bayr. Entw. Art. 468, dresd. Entw. Art. 585). Dagegen können über die Art und Weise, wie die Differenz zu ermitteln und festzustellen ist, Zweifel erhoben werden. Es sind in dieser Beziehung verschiedene Wege möglich. Man kann die Differenz im Wege der einfachen Vergleichung der beiden Taxen ermitteln, indem die entsprechende Werthsumme der neuen Taxe von der alten abgezogen wird. Bei dieser Art der Ermittelung der Differenz hat der Pächter auch für den aus einem Sinken der Preise sich ergebenden Minderwerth des Inventares einzustehen. Man kann aber auch davon ausgehen, daß der Pächter die Gefahr des Sinkens der Preise nicht tragen dürfe, die alte Taxe daher überwiegend die Bedeutung habe, die Beschaffenheit und Güte der einzelnen Stücke festzustellen. Von diesem Standpunkte aus muß bei Ermittelung der Differenz auf das Sinken der Preise zu Gunsten des Pächters Rücksicht genommen werden, was einfach in der Weise geschehen kann, daß nach Ermittelung der Prozente, um welche die Preise gesunken sind, die Werthsummen der Rückgewährtaxe vor der Vergleichung der beiden Taxen um die gleichen Prozente erhöht werden. Auf welcher Auffassung in dieser Beziehung die neueren Gesetzgebungswerke beruhen, ist nach der Fassung der betreffenden Bestimmungen nicht klar erkennbar. Insbesondere läßt auch die Fassung des dresd. Entw. Art. 585 Zweifeln Raum; nach den dresd. Berathungsprotokollen scheint jedoch die Billigung der zweiten Auffassung bezweckt zu sein. Der vorliegende Entwurf hat sich für den ersten Weg entschieden (§ 544 Abs. 8). Derselbe empfiehlt sich schon im Interesse der Vereinfachung des Rechtsverhältnisses. Er schneidet schwierige Ermittelungen und zahlreiche Streitigkeiten, welche mit dem zweiten Wege in vielen Fällen verbunden sein werden, ab; er entspricht auch am meisten dem Sinne der hier vorausgesetzten Uebereinkunft, daß das Inventar nach einer Taxe übergeben und nach einer Taxe zurückgewährt werden solle. Dies ist um so einleuchtender, als jene Uebereinkunft sich ausgebildet hat, um als Ersatz für den Kauf und den Rückkauf des Inventares zu dienen, indem gegen ein solches Verfahren das schwer wiegende Bedenken sich erhebt, daß der Verpächter während der Dauer der Pacht nicht Eigenthümer des Inventares ist, und daß darunter der Realkredit empfindlich leidet. Nach der von dem Entwurfe vertretenen Auffassung kann allerdings der Pächter, obwohl derselbe das Inventar in unverändertem Zustande zurückgewährt, zu einer größeren oder geringeren Geldleistung verpflichtet werden. Darin liegt indessen nur eine nothwendige Konsequenz der wahren Bedeutung der fraglichen Vereinbarung; es verhält sich hier gerade so, wie im Falle der Vereinbarung, daß der Pächter bei Beginn der Pacht das Inventar zur Taxe vom Verpächter zu kaufen und diesem bei Ablauf der Pacht dasselbe zur jetzigen Taxe zurückzuverkaufen habe.

α. bei Minderwerth:

Ersatz an den Verpächter;

Ermittelung der Werthdifferenz;

β. bei höherem Werthe:

Für den Fall, daß der Schätzungswerth des bei Beendigung der Pacht vom Pächter zurückzulassenden Inventares den Schätzungswerth des übernommenen übersteigt, geben einzelne neuere Gesetzgebungswerke dem Pächter ganz allgemein einen Anspruch auf Vergütung des Ueberschusses (vergl. sächs. G. B. § 1209; hess. Entw. Art. 196). Nach dem schweiz. Bd. Ges. Art. 318 kann der Pächter für den Mehrwerth, welcher als Ergebniß seiner Verwendung und Arbeit zu betrachten ist, Ersatz fordern. Der bayr. Entw. Art. 468 bestimmt dagegen, daß, wenn der Pächter das Inventar in demselben Umfange, aber in einem werthvolleren Zustande zurückgiebt, er von dem Verpächter nur insoweit Ersatz verlangen kann, als jene Werthheröhung der Bewirthschaftung des Gutes selbst zu statten kommt, und auch der dresd. Entw. Art. 585 giebt dem Pächter einen Anspruch auf den Mehrwerth des bei Beendigung der Pacht zurückgelassenen Inventares nur dann, wenn die Werthheröhung durch die den landwirthschaftlichen Grundsätzen entsprechende Bewirthschaftung des gepachteten Grundstückes herbeigeführt worden ist.

Zurückweisungsrecht des Verpächters.

Dem Verpächter kann nicht angesonnen werden, solche Stücke, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Bewirthschaftung bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Grundstückes sich als überflüssig oder als zu werthvoll ergeben, obwohl er deren Eigenthümer geworden ist, gegen Vergütung des Taxwerthes zu übernehmen. Andererseits kann ihm aber auch nicht das Recht beigelegt werden, solche Stücke ohne Vergütung zu behalten. Der Abs. 7 macht es deshalb von der Wahl des Verpächters abhängig, ob er solche Stücke gegen Vergütung des Taxwerthes behalten oder ob er sie zurückweisen will. Im Falle der Zurückweisung liegt den allgemeinen Grundsätzen gemäß dem Verpächter der Beweis ob, daß die betreffenden Stücke nach Maßgabe der gedachten Regeln überflüssig oder zu werthvoll seien.

Wird ein Stück von dem Verpächter mit Recht als überflüssig oder zu werthvoll zurückgewiesen, so hat dies zur Folge, daß dasselbe aus der Rückgewährtaxe ausscheidet, dafür aber in das Eigenthum des Pächters übergeht, und zwar soll nach Abs. 7 schon die Zurückweisung genügen, um dem Pächter das Eigenthum des zurückgewiesenen Stückes ohne einen besonderen Traditionsakt zu verschaffen.

Daß der Verpächter, welcher mit Recht geltend macht, von mehreren Stücken sei ein Theil überflüssig, bei der Zurückweisung ebenfalls die Wahl unter den mehreren Stücken hat, braucht im Gesetze nicht besonders entschieden zu werden, da sich dieses Wahlrecht des Verpächters aus seiner Rechtsstellung als Eigenthümer aller Stücke ergiebt.

Ersatzpflicht.

Beträgt die Rückgewährtaxe nach Ausscheidung der mit Recht abgelehnten Stücke mehr, wie die Uebergabetaxe, so hat nach Abs. 8 der Verpächter, entsprechend dem Sinne der fraglichen Uebereinkunft, die überschießende Summe dem Pächter zu zahlen, gerade so, wie nach Obigem im umgekehrten Falle der Pächter zur Zahlung der Differenzsumme verpflichtet ist.

In Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungswerke (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 §§ 399, 475; code civil Art. 1821; hess. Entw. Art. 195, bayr. Entw. Art. 468, dresd. Entw. Art. 585 verb. mit den

Art. 581—584) sind die besonderen Vorschriften des § 544 auf die Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke beschränkt. Es ist als bedenklich erachtet, dieselben nach dem Vorgange anderer Gesetzgebungen (vergl. sächs. G. B. § 1209; schweiz. Bd. Ges. Art. 318) auch auf die Pacht sonstiger unbeweglicher Sachen auszudehnen. Wird eine nicht zu den landwirthschaftlichen Grundstücken gehörende unbewegliche Sache nebst Inventar, z. B. eine Mühle, eine Fabrik, ein Gasthof, mit der Uebereinkunft verpachtet, daß das Inventar nach einer Taxe zu übernehmen und nach einer Taxe zurückzugewähren sei, so ist es in hohem Maße zweifelhaft, ob nach den in dem Verkehre vorherrschenden Auffassungen einer solchen Uebereinkunft der gleiche Sinn beiwohnt, wie bei der Pacht eines landwirthschaftlichen Grundstückes anzunehmen. Es verdient daher die Beschränkung des § 544 auf landwirthschaftliche Grundstücke den Vorzug, um so mehr, als bei der Pacht anderer Grundstücke, wenn die gedachte Uebereinkunft getroffen sein sollte, der Inhalt der letzteren auch regelmäßig über ihre Bedeutung und Tragweite nähere Auskunft geben wird. Beschränkung auf landw. Grundstücke.

Ueber die analoge Anwendung der Bestimmungen des § 544 auf solche Fälle, in welchen ohne gleichzeitige Verpachtung eines landwirthschaftlichen Grundstückes eine Viehheerde selbständig mit der Vereinbarung verpachtet wird, daß der Pächter die Heerde nach einer Taxe zu übernehmen und nach einer Taxe zurückzugewähren habe, vergl. den Anhang der Mot. zu §§ 531—548 am Schlusse.

Für den Fall, in welchem ein Grundstück nebst Inventar den Gegenstand der Pacht bildet, noch eine andere Uebereinkunft, als die in § 544 Abs. 1 gedachte, durch das Gesetz besonders zu regeln, ist durch ein Bedürfniß nicht geboten. Es gilt dies insbesondere auch von der Uebereinkunft, durch welche der Verpächter dem Pächter das Inventar käuflich überlassen hat (vergl. hess. Entw. Art. 194, bayr. Entw. Art. 467).

§ 545.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würde nach den §§ 520, 532 der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstückes verpflichtet sein, dasselbe nach Ablauf der Pachtzeit in dem empfangenen wirthschaftlichen Zustande zurückzugeben. Hieraus ließe sich nicht ohne Grund folgern, daß, wenn der Zustand des Grundstückes, insbesondere die vorzugsweise — wenn nicht allein — in Betracht kommende Bestellung (das sog. Feldinventar), zur Zeit der Uebergabe ein mangelhafter gewesen ist, der Pächter seiner Verpflichtung genügt, wenn er das Grundstück in dem gleichen wirthschaftlichen Zustande zurückgewährt, daß der Pächter andererseits, wenn das Grundstück ihm in einem Zustande überliefert worden, welcher ein besserer gewesen ist, als die wirthschaftlichen Regeln erfordern, dasselbe auch in diesem besseren wirthschaftlichen Zustande zurückgewähren muß. Ein solches Resultat entspricht jedoch weder dem Sinne des Pachtvertrages noch dem volkswirthschaftlichen Interesse. Nach dem Vorgange des dresd. Entw. Art. 587 (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 21 Pacht landw. Grundstücke. Rückgewähr: 1. des Grundstückes

§ 614; österr. G. B. § 1109; sächs. G. B. § 1208) hat der Entwurf sich deshalb für ein anderes Prinzip entschieden, nämlich für das Prinzip, daß der Pächter durch den Pachtvertrag die Verpflichtung übernimmt, das Grundstück während der ganzen Pachtzeit als bonus pater familias zu bewirthschaften und in demjenigen wirthschaftlichen Zustande zurückzugewähren, welcher sich bei der Voraussetzung ergiebt, daß der Pächter während der ganzen Pachtzeit und bis zum Zeitpunkte der Rückgewähr nach jeder Richtung hin in der That als bonus pater familias, d. h. nach landwirthschaftlichen Regeln ordnungsmäßig gewirthschaftet hat (vergl. auch § 1007 Abs. 2). Es kann zweifelhaft sein, ob diese Auffassung nicht schon aus dem Wesen des Pachtvertrages abzuleiten ist; jedenfalls verdient sie als die angemessenere den Vorzug. Das Prinzip des Entwurfes bringt nothwendig mit sich, daß der Pächter, welcher das Grundstück in einem besseren wirthschaftlichen Zustande, als dem empfangenen, namentlich mit einem besseren Feldinventare, zurückgewährt, auf Vergütung keinen Anspruch hat, andererseits aber auch keine Vergütung zu leisten verpflichtet ist, wenn er in einem nach landwirthschaftlichen Regeln ordnungsmäßigen, obgleich weniger guten Zustande als dem empfangenen zurückliefert. Besondere Härten können hieraus um so weniger entstehen, als regelmäßig die Uebergabe und die Rückgewähr in dieselbe Jahreszeit fallen. Allein auch bei Verschiedenheit dieser Jahreszeit wird nur selten der eine oder andere Theil unter dem Prinzipe leiden. Beruht die Verschiedenheit auf Uebereinkunft, so muß angenommen werden, daß deren Folgen gewollt sind und in Berücksichtigung derselben die Vereinbarung, so wie geschehen, getroffen ist. Ist die Verschiedenheit durch einen anderen Umstand herbeigeführt, welcher das Ende der Pacht zu einer anderen als der ursprünglich vorgesehenen Zeit bewirkt hat, so wird nach den Umständen des Falles die Anwendung der Grundsätze über die condictio sine causa nicht ausgeschlossen sein. Unberührt bleiben ferner, wie sich von selbst versteht, die Ansprüche des Pächters auf Grund von Verbesserungen, die mit dem wirthschaftlichen Zustande des Grundstückes im Sinne des § 545 in keinem Zusammenhange stehen und nach den Bestimmungen der §§ 514, 532 zu beurtheilen sind.

in ordnungsmäßigem Zustande;

§ 546.

2. der Wirthschaftsvorräthe

Die Bestimmung des § 546 entspricht im Wesentlichen dem Art. 471 Abs. 1 des bayr. Entw. Dagegen scheint der dresd. Entw. Art. 587 auf dem Grundsatze zu beruhen, daß der Pächter ohne Rücksicht auf das Empfangene so viele Vorräthe (Wirthschaftserzeugnisse), als zur Fortführung der Wirthschaft bis zur nächsten betreffenden Ernte erforderlich sind, aber auch nur diese, zurücklassen muß, so daß bei Berücksichtigung dessen, was der Pächter empfing, bald der eine, bald der andere Theil eine Einbuße erleiden kann. Auf demselben Standpunkte steht anscheinend auch das sächs. G. B. § 1208 verb. mit § 70; wegen des preuß. Rechtes vergl. A. L. R. I, 21 §§ 603, 604.

Ein solcher Grundsatz ist jedoch weder billig noch angemessen; vielmehr verdient — vorbehaltlich der aus dem § 547 sich ergebenden Modifikation — das Darlehensprinzip den Vorzug, indem es in der Natur der Dinge liegt,

daß der Pächter, wenn er Vorräthe empfangen hat, — wie bei einem Darlehen — die gleichen Quantitäten zurückzugewähren hat. Daß der Pächter Eigenthümer der ihm überlieferten Vorräthe wird, bedarf keines besonderen Ausdruckes, da dies die selbstverständliche Voraussetzung der in § 546 ausgesprochenen Rechtsnorm ist. in gleicher Art ꝛc.;

§ 547.

Der § 547 bestimmt aus Gründen des volkswirthschaftlichen Interesses, um dem Verpächter nach Beendigung der Pacht die ordnungsmäßige Fortführung der Wirthschaft zu ermöglichen, eine Modifikation des in § 546 ausgesprochenen Prinzipes (vergl. auch § 1007 Abs. 2). Aehnliche Vorschriften enthalten, wenn auch in Einzelheiten abweichend, das sächs. G. B. § 1208 verb. mit § 70, der dresd. Entw. Art. 587 und in Ansehung der Dünger- und Strohvorräthe der code civil Art. 1778, das schweiz. Bd. Ges. Art. 319, der hess. Entw. Art. 202 und der bayr. Entw. Art. 471 Abs. 2; vergl. ferner preuß. A. L. R. I, 21 §§ 451, 603; C. P. O. § 715 Nr. 5; § 791 Nr. 2 des Entwurfes. 3. der zur Fortführung der Wirthschaft nöthigen Früchte ꝛc.;

Da bei einem einzelnen Grundstücke von einer Fortführung der Wirthschaft nicht die Rede sein kann, so sind die Bestimmungen des § 547 — im Gegensatze zu den Vorschriften der §§ 545, 546 — auf die Pacht eines Landgutes (vergl. § 791 Nr. 2, § 1674 Nr. 7) oder mehrerer zum Betriebe der Landwirthschaft verbundener Grundstücke beschränkt.

§ 548.

Die Bestimmung des § 548 rechtfertigt sich durch die Analogie des dort unterstellten Falles mit dem Falle, in welchem vereinbart ist, daß das Inventar nach einer Taxe zu übernehmen und nach einer Taxe zurückzugewähren sei; sie steht zudem mit der Verkehrssitte und der muthmaßlichen Absicht der Parteien im Einklange. Eine ähnliche Vorschrift enthält der bayr. Entw. Art. 470; vergl. auch preuß. A. L. R. I, 21 §§ 610—613. 4. bei Uebernahme nach einer Taxe.

Anhang

zu §§ 531—548, betr. die Viehverstellung.

Der dresd. Entw. Art. 590—597 hat im Anschlusse an die Bestimmungen über die Pacht noch besondere Bestimmungen über Viehverstellung aufgenommen, welchen neben einzelnen Vorschriften des code civil über die uneigentlich so genannte Viehpacht (contrat improprement appelé cheptel — Art. 1831) vornehmlich die Bestimmungen des zür. G. B. §§ 1547—1552 über Viehverstellung zum Vorbilde gedient haben. Ablehnung einer Vorschrift über

In dem vorliegenden Entwurfe ist dagegen von der gesetzlichen Regelung der sog. Viehverstellung Abstand genommen. Unter dem Ausdrucke „Viehverstellung“ pflegt man eine Reihe verschiedener Verträge zusammen- a) Viehverstell.

zufassen, durch welche einzelne Stücke Vieh, welche Nutzen abwerfen oder zum Gebrauche dienen (Hausthiere, Nutzvieh) oder auch ganze Heerden einem Anderen zur Unterbringung, Wartung und Fütterung bezw. Nutzung gegen ein Aequivalent übergeben werden. Es handelt sich nicht um ein nach einheitlichen, festen Prinzipien ausgestaltetes Institut, sondern um einen Vertrag, welcher in den verschiedensten Formen und Gestaltungen vorkommt und dessen gewollter Inhalt durchgehends durch lokale Sitten und Gewohnheiten bedingt wird. Ein solcher Vertrag entzieht sich der einheitlichen Regelung durch das Gesetz. Ihn durch Reichsgesetz zu regeln, ist wegen der völligen Verschiedenheit der zu würdigenden Verhältnisse der einzelnen Gebiete des Reiches unausführbar. Jede Regelung würde nur dem Herkommen eines sehr beschränkten Gebietes entsprechen und noch wahrscheinlicher mit dem Herkommen keines einzigen Gebietes im Einklange stehen. Nicht angemessen erscheint es auch, die Regelung den Landesgesetzen zu überlassen, da die landesgesetzliche Regelung mit ähnlichen Schwierigkeiten zu kämpfen hat, da ferner die sachgemäße Abgrenzung des Vorbehaltes auf schwer zu besiegende Hindernisse stößt. Es kann außerdem das Bedürfniß einer gesetzlichen Regelung, sei es durch Reichsgesetz, sei es durch Landesgesetz, nicht anerkannt werden. Die Autonomie der Parteien in Verbindung mit dem Umstande, daß bei der Auslegung eines gegebenen Vertrages die lokalen Sitten und Gewohnheiten die ihnen gebührende Berücksichtigung zu finden haben (§ 359), helfen über alle Bedenken hinweg. Es kann nicht die Aufgabe des Gesetzes sein, sich der Regelung aller Verträge zu unterziehen, welche in dieser oder jener Gegend oft geschlossen werden und einen zweifelhaften juristischen Karakter an sich tragen, zumal wenn die Ermittelung und Feststellung dieses Karakters, wie im vorliegenden Falle, von gewissen sehr wechselnden Verabredungen abhängt. So gewinnt es den Anschein, als wenn z. B. der in den Art. 590—596 des dresd. Entw. unterstellte Vertrag durch eine besondere, bald so, bald anders lautende Nebenabrede seinen juristischen Karakter ändert und oft weniger ein Pachtvertrag, als ein Vertrag ist, durch welchen der Versteller die Fütterung und Pflege eines Viehstückes dem Einsteller gegen Zusicherung einer Vergütung, die in eigenthümlicher Weise bestimmt wird, dergestalt überträgt, daß diese Uebertragung den juristischen Karakter des Geschäftes bedingt und im Falle der gesetzlichen Regelung zum Anhalte zu nehmen wäre. Es zeigt sich also klar, wie bedenklich eine gesetzliche Regelung des Vertrages sein würde, die voraussichtlich nur zu oft zur Folge haben müßte, daß der Richter Rechtsnormen zur Anwendung bringen würde, welche zu den Intentionen der Parteien nicht stimmen.

In Deutschland hat zudem, von dem franz. Rechte und dem ihm nachgebildeten bad. L. R. abgesehen, die Gesetzgebung von der Regelung des Vertrages bisher sich ferngehalten, und die Regelung des franz. Rechtes hat sich anscheinend für Deutschland als völlig unpraktisch erwiesen.

b) Eisernviehvertrag. Anlangend endlich den im Art. 597 des dresd. Entw. und im sächs. G. B. § 1210 geregelten sog. Eisernviehvertrag, so ist es richtiger, auch von der Regelung dieses Vertrages abzusehen und es der Prüfung des einzelnen Falles zu überlassen, worauf der Parteiwille gerichtet gewesen ist. Wird eine

Viehheerde nicht in Verbindung mit der Verpachtung eines landwirthschaftlichen Grundstückes einem Anderen unter der Vereinbarung zur Benutzung überlassen, daß die Heerde nach einer Taxe zu übernehmen und nach einer Taxe zurückzugewähren ist, so wird geeigneten Falles auch die Vorschrift des § 544 entsprechende Anwendung finden können.

Sechster Titel.

Gebrauchsleihe.

§ 549.

Als wesentliches Erforderniß der Gebrauchsleihe — im Gegensatze zur Miethe (§ 503) — stellt der § 549 die Unentgeltlichkeit des Gebrauches hin. Dies entspricht dem gemeinen Rechte und, abgesehen von einer gewissen, im sächs. G. B. sich findenden Modifikation, auch den neuen Gesetzgebungswerken (vergl. l. 5 § 12 D. commod. 13, 6; l. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19, 5; preuß. A. L. R. I, 21 § 229; österr. G. B. § 971; code civil Art. 1876; sächs. G. B. § 1173 verb. mit § 1175; schweiz. Bd. Ges. Art. 321; hess. Entw. Art. 248, bayr. Entw. Art. 640, dresd. Entw. Art. 598). Die besondere Hervorhebung dieses Erfordernisses ist um so mehr angezeigt, als im gewöhnlichen Leben auch in Fällen der Entgeltlichkeit des Gebrauches der Ausdruck „Leihvertrag", „Leihe", „leihen" u. s. w. nicht ungewöhnlich ist, z. B. bei dem Entnehmen von Büchern aus sog. Leihbibliotheken. 1. Begriff. Unentgeltlichkeit des Gebrauches.

Als Gegenstand der Gebrauchsleihe bezeichnet der § 549 Sachen, d. h. im Sinne des Entwurfes (§ 778) körperliche Gegenstände. Daß auch unbewegliche körperliche Sachen (Grundstücke; vergl. § 781) Gegenstand der Gebrauchsleihe sein können — was dem geltenden Rechte entspricht und im sächs. G. B. und im dresd. Entw. ausdrücklich hervorgehoben wird (vergl. l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19, 5; preuß. A. L. R. I, 21 §§ 229, 233; sächs. G. B. § 1173; dresd. Entw. Art. 598) —, bedarf keines besonderen Ausdruckes, da, wenn ein Zusatz fehlt, die Unerheblichkeit, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist, sich mit genügender Klarheit ergiebt. Auch die in einzelnen Gesetzgebungswerken im Anschlusse an die Quellen des röm. Rechtes (l. 3 § 6, l. 4 D. commod. 13, 6; l. 18 § 1 D. de R. C. 12, 1) sich findende ausdrückliche Bestimmung, daß verbrauchbare Sachen nicht Gegenstand der Gebrauchsleihe sein können, es wäre denn, daß durch den beabsichtigten Gebrauch die Rückgabe der geliehenen Sache nicht ausgeschlossen wird (hess. Entw. Art. 249, bayr. Entw. Art. 641, dresd. Entw. Art. 599; vergl. auch österr. G. B. § 971; code civil Art. 1878), ist, weil selbstverständlich, als entbehrlich erachtet (vergl. auch zu § 503). 2. Gegenstand: Sachen;

Ob und inwieweit auch Rechte Gegenstand der Gebrauchsleihe sein können, ist gemeinrechtlich bestritten. Die meisten neueren Gesetzgebungswerke reden nur von „Sachen" als Gegenstand der Gebrauchsleihe, ohne der Rechte Rechte.

besonders zu gedenken (vergl. österr. G. B. § 971; code civil Art. 1874 verb. mit Art. 1878; schweiz. Bd. Ges. Art. 321; hess. Entw. Art. 248 verb. mit Art. 249, bayr. Entw. Art. 640, dresd. Entw. Art. 598). Dagegen sind nach preuß. Rechte auch Rechte für verleihbar erklärt (A. L. R. I, 21 §§ 229, 233), und das sächs. G. B. § 1186 enthält die Bestimmung, daß die Vorschriften über die Verleihung von Sachen analoge Anwendung finden sollen, wenn die Ausübung eines Rechtes Gegenstand der Verleihung ist. Die Frage, welche Grundsätze anzuwenden sind, wenn ein Recht Gegenstand der Verleihung ist, eignet sich jedoch nicht zu einer allgemeinen Entscheidung durch das Gesetz, sondern die Verträge, welche hier in Frage kommen, müssen konkret geprüft werden. In vielen Fällen wird sich dabei die Verleihung einer Sache herausstellen, in anderen eine Veräußerung oder auch eine Schenkung anzunehmen sein, wieder in anderen ein Vertrag sich ergeben, der an der Hand des § 359 eine Auslegung gestattet, welche zu einer analogen Anwendung der für die Gebrauchsleihe geltenden Rechtsnormen führt.

3. Rechtliche Natur (Realvertrag).

Nach röm. Rechte ist das Kommodat ein Realvertrag. Erst die Hingabe und Annahme der geliehenen Sache begründet die Verpflichtung des Empfängers, die Sache nach gemachtem Gebrauche zurückzugeben (§ 2 J. quibus mod. re 3, 14; l. 1 § 3 D. de O. et A. 44, 7). Andererseits konnte durch formlosen Vertrag die Verpflichtung, einem Anderen die Sache zu leihen, wirksam nicht begründet werden. Ob nach heutigem gemeinen Rechte im Hinblicke auf die Klagbarkeit formloser Verträge das Kommodat nicht mehr als Real-, sondern als Konsensualvertrag aufzufassen ist, so daß die Uebernahme der Verpflichtung, einem Anderen eine Sache zu leihen, nicht mehr die Bedeutung eines Vorvertrages hat, sondern als Bestandtheil des Leihvertrages und die Uebergabe der Sache zu dem gedachten Zwecke als die Erfüllung einer aus dem Leihvertrage entspringenden Verbindlichkeit erscheint, andererseits die Verpflichtung des anderen Theiles zur Rückgabe der Sache schon vor dem Empfange derselben begründet, wenngleich durch den Empfang derselben bedingt ist, ist bestritten. Dieselbe Streitfrage besteht auch auf dem Gebiete des preuß., des österr. und des sächs. Rechtes, obwohl die Fassung der betreffenden Bestimmungen mehr für die Auffassung des Vertrages als eines Realvertrages sprechen dürfte (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 229; österr. G. B. § 971; sächs. G. B. §§ 1173, 1174). Dieselbe Auffassung scheint dem hess. Entw. Art. 248 und dem bayr. Entw. Art. 640 (vergl. dazu die Mot. S. 199) zu Grunde zu liegen. Dagegen haben der dresd. Entw. Art. 598 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 321 die Gebrauchsleihe als Konsensualvertrag konstruirt. Der Entwurf hat aus ähnlichen Gründen, wie die, welche für die Fassung des auf das Darlehen sich beziehenden § 453 bestimmend gewesen sind (vergl. zu § 453), auch dem vorliegenden § 549 nicht eine Fassung gegeben, welche zum Ausdrucke bringt, daß die Gebrauchsleihe ein Konsensualvertrag sei, sondern sich darauf beschränkt, im § 549 die Hauptverbindlichkeiten beider Theile für den Fall, daß die Hingabe der Sache erfolgt ist, im Allgemeinen anzuführen (vergl. auch § 614).

4. Verpflichtung: a) des Entleihers

Da nach dem juristischen Wesen des Vertrages die Verpflichtung des Entleihers die überwiegende ist, so stellt der § 549 diese voraus. Als Haupt-

verbindlichkeiten des Entleihers bezeichnet er — in sachlicher Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen — die Verpflichtung, die ge- zu vertragsm. Gebrauche liehene Sache nur vertragsmäßig zu gebrauchen und dieselbe Sache dem Verleiher zu der vertragsmäßigen Zeit zurückzugeben (vergl. § 2 J. quibus mod. re 3, 14; und Rückgabe, l. 2 pr. D. de R. C. 12, 1; preuß. A. L. R. I, 21 §§ 229, 237; österr. G. B. §§ 972, 978; code civil Art. 1875, 1880, 1881; sächs. G. B. §§ 1173, 1176; schweiz. Bd. Ges. Art. 321, 322; hess. Entw. Art. 248, 253, bayr. Entw. Art. 640, 645, dresd. Entw. Art. 598, 603, 606). — Einzelne neuere Gesetzgebungen enthalten für den Fall, daß der Gebrauch durch den Vertrag nicht bestimmt ist, nähere Bestimmungen über die Art und den Umfang des dem Entleiher zustehenden Gebrauches (vergl. sächs. G. B. § 1176; hess. Entw. Art. 253, bayr. Entw. Art. 645, dresd. Entw. Art. 603; schweiz. Bd. Ges. Art. 322). In dem Entwurfe sind derartige, die Vertragsmäßigkeit des Gebrauches näher bestimmende Vorschriften theils wegen ihrer Selbstverständlichkeit, theils deshalb nicht aufgenommen, weil die Entscheidung von den Umständen des einzelnen Falles abhängig ist.

Anlangend die Verpflichtungen desjenigen, welcher die Sache zum unent- b) des Verleihers geltlichen Gebrauche hingegeben hat, des Verleihers, so wird nach röm. Rechte durch das Kommodat als solches ein Anspruch des Entleihers gegen den Verleiher zunächst nicht begründet, wenngleich möglicherweise aus dem Leihvertrage Ansprüche zu Gunsten des Entleihers gegen den Verleiher entstehen können. Das Kommodat als solches bringt aber insofern eine Gebundenheit des Verleihers mit sich, als er die Sache vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit von dem Entleiher nicht zurückfordern kann und er auf das Interesse verhaftet ist, wenn er arglistiger Weise den Entleiher in dem vertragsmäßigen Gebrauche der Sache hindert (vergl. l. 17 § 3, l. 21 pr. D. commod. 13, 6). Nach gemeinem Rechte kann dagegen, wie durch formlosen Vertrag die Verpflichtung, eine Sache zu leihen, wirksam begründet werden kann, in der Hingabe der Sache zum unentgeltlichen Gebrauche zugleich das Versprechen gefunden werden, dem Entleiher bis zur vertragsmäßigen Zeit den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache zu belassen. Die neueren Gesetzgebungen beschränken sich meist auf die Bestimmung, daß der Verleiher die Sache vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit nicht zurückfordern kann, oder daß der Entleiher bis dahin die Sache zu gebrauchen berechtigt und erst alsdann zur Rückgabe derselben verpflichtet ist (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 234; österr. G. B. § 972; code civil Art. 1888; sächs. G. B. §§ 1176, 1183; schweiz. Bd. Ges. Art. 321). Dagegen bestimmen der hess. Entw. Art. 250, der bayr. Entw. Art. 642 und der dresd. Entw. Art. 600 zugleich ausdrücklich, daß der Verleiher den Entleiher in dem vertragsmäßigen Gebrauche der Sache weder selbst noch durch Andere stören darf. In dem vorliegenden Entwurfe ist davon ausgegangen, daß durch den Leihvertrag für den Verleiher zunächst nicht blos eine Haftung, sondern sofort auch die Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung — nämlich zur Belassung des Gebrauches — begründet zur Belassung des Gebrauches, wird. Zwar ist der Verleiher nicht wie der Vermiether zur Gewährung des Gebrauches verpflichtet, aber er ist verpflichtet, dem Entleiher in dem vertragsmäßigen Gebrauche nicht zu hindern, insbesondere auch nicht durch

rechtliche Verfügungen über die Sache zu Gunsten Dritter dem Entleiher den Gebrauch indirekt zu entziehen oder zu schmälern.

zur Uebergabe.

Wenn der dresd. Entw. Art. 598 und 600 ferner hervorhebt, daß der Verleiher verpflichtet sei, dem Entleiher die verliehene Sache zum vertragsmäßigen Gebrauche zu übergeben (vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 321), so hängt dies mit der Konstruktion der Gebrauchsleihe als eines Konsensualvertrages zusammen. Vom Standpunkte des vorliegenden Entwurfes aus ist eine Bestimmung, daß derjenige, welcher die Verleihung einer Sache zugesagt hat, zu deren Ueberlassung verpflichtet ist (vergl. österr. G. B. § 971; sächs. G. B. § 1174), wegen Selbstverständlichkeit entbehrlich.

Nicht minder entbehrlich ist die nach dem Vorbilde des sächs. G. B. § 1174 in den dresd. Entw. Art. 602 aufgenommene Bestimmung, daß derjenige, welcher sich die Verleihung einer Sache hat versprechen lassen, zur Annahme der Sache nur verpflichtet ist, wenn der Gebrauchsleihvertrag zugleich oder ausschließlich den Vortheil des Versprechenden bezweckt, da diese Bestimmung, soweit sie richtig ist, nur Selbstverständliches enthält.

Verjährung.

Ein Bedürfniß, mit dem sächs. G. B. § 1174 und dem dresd. Entw. Art. 613 die Ansprüche auf Ueberlassung und auf Annahme der zu verleihenden Sache durch positive Vorschrift an eine kurze Verjährung zu binden, ist nicht anzuerkennen. Auch beim Darlehen ist von einer derartigen Bestimmung Abstand genommen.

Anlangend die Terminologie, so ist der vorliegende Entwurf darin dem sächs. G. B. und dem dresd. Entw. gefolgt.

Ueber das Verhältniß des precarium zur Gebrauchsleihe vergl. zu § 558.

§ 550.

Haftung des Verleihers: α. für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit;

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würde nach den allgemeinen Grundsätzen (vergl. §§ 224, 144) der Verleiher, sowie derjenige, welcher die Verleihung einer Sache zugesagt hat, dem Entleiher wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten auch dann haften, wenn die ihm zur Last fallende Fahrlässigkeit nicht eine grobe ist. Die Ausnahmebestimmung des § 550 ist wegen ihrer Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte (vergl l. 18 § 3, l. 22 D. commod. 13, 6; preuß. A. L. R. I, 21 § 257; sächs. G. B. §§ 1177, 728; hess. Entw. I, 2 Art. 141—143, bayr. Entw. Art. 642, 110, dresd. Entw. Art. 228, 229) und um deswillen als angemessen erachtet, weil sie dem Wesen der Gebrauchsleihe entspricht und nach § 442 auch der Schenker wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen dem Beschenkten nur dann haftet, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Zwischen dem Vorvertrage und dem Realvertrage kann in der hier fraglichen Beziehung nicht unterschieden werden.

§ 551.

β. wegen Mängel

Die Bestimmungen des § 551 rechtfertigen sich durch die Verwandtschaft der Gebrauchsleihe mit der Schenkung (vergl. § 443 Satz 2, § 444 Abs. 1). Sie entsprechen im Wesentlichen dem gemeinen und dem franz. Rechte, sowie dem

heſſ. und dem bayr. Entw. (vergl. l. 18 § 3, l. 22 D. commod. 13, 6; code civil Art. 1891; heſſ. Entw. Art. 251, 252, bayr. Entw. Art. 643, 644). Das preuß. A. L. R., das öſterr. G. B., das ſächſ. G. B. und das ſchweiz. Bd. Geſ. enthalten in den hier fraglichen Beziehungen keine beſonderen Beſtimmungen. Auch der dresd. Entw. ſchweigt über die Haftung des Verleihers wegen eines Mangels der Sache. Nur in Anſehung der Haftung des Verleihers wegen eines Mangels in ſeinem Rechte enthält der Art. 601 des dresd. Entw. eine mit dem § 551 im Einklange ſtehende Vorſchrift. Wie die dresd. Protokolle ergeben, ging man bei den Berathungen des dresd. Entw. davon aus, daß der Verleiher wegen eines Mangels der Sache nach Maßgabe der allgemeinen Grundſätze (Art. 228 des dresd. Entw.) auch dann zu haften habe, wenn ihm eine grobe Fahrläſſigkeit zur Laſt falle. der Sache, des Rechtes.

Der bayr. Entw. Art. 655 und der dresd. Entw. Art. 613 knüpfen die Anſprüche des Entleihers aus dem Leihvertrage auf Schadenserſatz an eine kurze Verjährung. Eine ſolche dem geltenden Rechte fremde Beſtimmung iſt indeſſen nicht zu billigen. Auch bei der Miethe iſt von der Aufnahme einer ähnlichen Beſtimmung abgeſehen. Vergl. zu §§ 505, 506. Verjährung.

§ 552.

Die dem Sinne des Leihvertrages entſprechende Beſtimmung des § 552 ſteht mit dem geltenden Rechte im Einklange und iſt in den meiſten neueren Geſetzgebungswerken ausdrücklich ausgeſprochen (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 237; öſterr. G. B. § 979 verb. mit § 965; ſächſ. G. B. § 1176; ſchweiz. Bd. Geſ. Art. 322; bayr. Entw. Art. 647; dresd. Entw. Art. 603). Auch der Entwurf hat ihre Aufnahme für nothwendig erachtet, weil ihre Selbſtverſtändlichkeit ſich mindeſtens bezweifeln läßt. Ueberlaſſung des Gebrauches an Dritte.

§ 553.

Im Anſchluſſe an das röm. Recht (l. 18 § 2 D. commod. 13, 6) enthalten auch die neueren Geſetzgebungen ähnliche, auf denſelben Gedanken beruhende Beſtimmungen, wie die des Abſ. 1 (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 241; öſterr. G. B. § 981; code civil Art. 1886; ſächſ. G. B. § 1179; ſchweiz. Bd. Geſ. Art. 323; heſſ. Entw. Art. 255, bayr. Entw. Art. 648, dresd. Entw. Art. 605). Nach dem Vorgange des ſächſ. G. B., des dresd. Entw. und des ſchweiz. Bd. Geſ. a. a. O. iſt in dem Entwurfe ausdrücklich hervorgehoben, daß bei geliehenen Thieren der Entleiher insbeſondere die Fütterungskoſten zu tragen habe. Auslagen beim Gebrauche ꝛc.;

Inwieweit der Entleiher von dem Verleiher den Erſatz ſolcher auf die Sache gemachter Verwendungen fordern kann, welche nicht zu den nach Abſ. 1 von ihm zu tragenden Auslagen gehören, iſt in den verſchiedenen Rechten und Entwürfen nicht gleichmäßig beſtimmt. Auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes gehen in dieſer Beziehung die Anſichten auseinander. Die Einen nehmen auf Grund der l. 18 § 2 D. commod. 13, 6 und der l. 59 D. de furtis 47, 2 an, daß der Entleiher Anſpruch auf den Erſatz nothwendiger außergewöhnlicher nothw. Verwendungen,

Verwendungen, aber auch nur dieser, habe. Andere verweisen wegen des Ersatzes solcher Aufwendungen, welche der Entleiher nicht selbst zu bestreiten hat, auf die Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Dieser letzteren Ansicht sind das sächs. G. B. § 1179 und der bayr. Entw. Art. 648 gefolgt. Dagegen stehen der code civil Art. 1890 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 323 auf dem Boden der ersten Ansicht. Auch nach dem preuß. A. L. R. I, 21 §§ 242—244 und dem hess. Entw. Art. 255 kann der Entleiher nur außerordentliche zur Erhaltung der Sache gemachte Aufwendungen ersetzt verlangen, aber auch diese nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Das österr. G. B. § 981 gewährt wegen außerordentlicher Erhaltungskosten dem Entleiher einen Anspruch auf Ersatz in demselben Umfange, wie einem redlichen Besitzer. Nach dem dresd. Entw. Art. 605 sollen die auf die Miethe sich beziehenden Vorschriften des Art. 557 in den hier fraglichen Beziehungen entsprechende Anwendung finden. Diesem von dem dresd. Entwurfe eingeschlagenen Wege ist der Abs. 2 gefolgt. Die Anlehnung an die für die Miethe in den §§ 513, 514 Abs. 1, 2 gegebenen Vorschriften rechtfertigt sich durch die Analogie der Verhältnisse. Im Uebrigen wird auf die Motive zu §§ 513, 514 Bezug genommen.

Verjährung. Ein Bedürfniß, mit dem bayr. Entw. Art. 655 und dem dresd. Entw. Art. 613 — abweichend von dem geltenden Rechte — für die Ansprüche des Entleihers auf Ersatz von Verwendungen eine kurze Verjährung zu bestimmen, kann hier ebensowenig wie bei der Miethe anerkannt werden (vergl. die Motive zu § 514).

§ 554.

Rückgabe der Leihsache; Die sachlich mit dem geltenden Rechte (vergl. l. 2 pr. D. de R. C. 12, 1; l. 5 §§ 9, 13 D. commod. 13, 6; preuß. A. L. R. I, 21 §§ 246, 238—240, 251, 252; österr. G. B. §§ 972, 978, 979; code civil Art. 1875, 1880, 1881, 1884; sächs. G. B. §§ 1183, 1178, schweiz. Bd. Ges. Art. 321, 322; hess. Entw. Art. 254, 256, bayr. Entw. Art. 646, 647, 649, dresd. Entw. Art. 694, 606) übereinstimmenden Vorschriften des § 554 schließen sich den für die Restitutionspflicht des Miethers vorgeschlagenen Bestimmungen des § 520 an. Man kann bezweifeln, daß die Vorschriften des § 554 nöthig sind. Indessen ist ihre Aufnahme doch rathsam, da entsprechende Vorschriften auch für die Miethe gegeben sind.

Zuwachs, Zubehörungen, Des Zuwachses und der Zubehörungen zu erwähnen, wie dies einzelne neuere Gesetzgebungswerke thun (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 238; sächs. G. B. § 1183; hess. Entw. Art. 256, dresd. Entw. Art. 606), ist wie bei der Miethe so auch hier als entbehrlich erachtet. Daß mit der Sache Zuwachs und Zubehörungen zu restituiren sind, läßt sich nicht bezweifeln (Mot. zu § 520). Ebensowenig ist es erforderlich, nach dem Vorgange einiger Gesetzgebungen

gezogene Früchte, wegen der Restitution der von der Sache gezogenen Früchte etwas zu bestimmen (vergl. darüber l. 38 § 10 D. de usuris 22, 1; preuß. A. L. R. I, 21 §§ 238—240; sächs. G. B. § 1183; hess. Entw. Art. 256, bayr. Entw. Art. 649, dresd. Entw. Art. 606). Es ist als selbstverständlich zu betrachten, daß der Entleiher die

natürlichen Früchte herauszugeben hat, sofern deren Beziehung nicht durch den eingeräumten Gebrauch bedingt ist. Anlangend den sonst von der geliehenen Sache gezogenen Gewinn (vergl. l. 13 § 1 D. commod. 13, 6; preuß. A. L. R. I, 21 § 238), so läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen; es müssen vielmehr die Umstände des einzelnen Falles bezw. die Auslegung des konkreten Vertrages entscheiden. Auch die meisten neueren Gesetzgebungswerke enthalten in dieser Beziehung keine besondere Bestimmung. sonstiger Gewinn.

Im Anschlusse an die Bestimmung, daß der Entleiher mit dem Ende der Gebrauchsleihe die Sache zurückgeben müsse, hat der dresd. Entw. Art. 606 Abs. 2 die weitere Bestimmung aufgenommen, daß der Entleiher die Sache vor dem Ablaufe der Leihzeit zurückgeben könne, wenn der Vertrag nicht zugleich oder ausschließlich zum Vortheile des Verleihers geschlossen worden sei (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 21 § 245; österr. G. B. § 977; hess. Entw. Art. 258, bayr. Entw. Art. 656). Der vorliegende Entwurf hat sich einer solchen Bestimmung enthalten und zwar aus denselben Gründen, welche ihn bestimmt haben, auch die in Art. 602 des dresd. Entw. sich findende Vorschrift nicht aufzunehmen, daß der Entleiher zur Annahme der Sache nur verpflichtet sei, wenn der Leihvertrag zugleich oder ausschließlich den Vortheil des Verleihers bezwecke (Mot. zu § 549). Zurückgabe vor Ablauf der Leihzeit.

Aus den allgemeinen Grundsätzen (§§ 233, 234) folgt, daß dem Entleiher gegenüber dem Anspruche des Verleihers auf Rückgabe der Sache wegen seiner fälligen Gegenansprüche aus dem Leihvertrage das Zurückbehaltungsrecht zusteht. Einige neuere Gesetzgebungswerke haben, wie es scheint, in Anlehnung an die übrigens streitige l. 4 Cod. commod. 4, 23 das Zurückbehaltungsrecht des Verleihers ausgeschlossen oder doch eingeschränkt (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 247 verb. mit I, 14 § 77; code civil Art. 1885; hess. Entw. Art. 257, bayr. Entw. Art. 653). Zu einer solchen Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen fehlt es jedoch an ausreichenden Gründen. Ebensowenig bedarf es einer Bestimmung, inwiefern der Entleiher gegenüber dem Anspruche des Verleihers auf Rückgabe der Sache mit dem Einwande wirksam sich vertheidigen kann, daß dem Verleiher das Eigenthum an der verliehenen Sache nicht zustehe (vergl. sächs. G. B. § 1184; hess. Entw. Art. 257, bayr. Entw. Art. 653 verb. mit Art. 431, dresd. Entw. Art. 607 verb. mit Art. 566). Es entscheiden in dieser Beziehung dieselben Grundsätze, wie bei der Miethe (Mot. zu § 520). Zurückbehaltungsrecht des Entleihers.

Kann der Entleiher die geliehene Sache nicht oder nicht unversehrt zurückgeben, so folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß er dem Verleiher zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn ihm in dieser Beziehung eine Fahrlässigkeit zur Last fällt (vergl. §§ 224, 144, 240). Von der Regel, daß der Entleiher für jede Fahrlässigkeit einzustehen hat, nach dem Vorgange des röm. Rechtes und einzelner neuerer Gesetzgebungswerke für den Fall abzuweichen, daß dem Entleiher die Sache lediglich im Interesse des Verleihers geliehen worden ist, und zu bestimmen, daß der Entleiher in diesem Falle nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit zu haften habe (vergl. l. 5 § 10 D. commod. 13, 6; sächs. G. B. §§ 1177, 728; hess. Entw. Art. 254 verb. mit I Art. 141, bayr. Entw. Art. 646, 110, 111, dresd. Entw. Art. 228, 229), ist nicht nöthig. Haftung des Entleihers für Fahrlässigkeit.

Einmal ist jener Fall ein verhältnißmäßig seltener, indem meist — näher betrachtet — ein beiderseitiges Interesse vorliegen, oder, wo ein solches wirklich nicht vorhanden ist, ein anderer Vertrag als ein Leihvertrag sich ergeben wird. Sodann rechtfertigt sich auch für jenen Fall die Anwendbarkeit der Regel aus dem Gesichtspunkte, daß der Entleiher doch immerhin fremdes Gut in Händen hat und einem Mandatar zu vergleichen ist. Mit dem Entwurfe stimmen das österr. und das franz. Recht überein. Auch nach preuß. A. L. R. I, 21 §§ 248, 249 haftet in dem unterstellten Falle der Entleiher, wenngleich nicht nach der Regel dieses Rechts wegen jedes, auch des geringsten, so doch wegen mäßigen Versehens.

Haftung bei vertragswidrigem Gebrauche, Daß der Entleiher, wenn er von der geliehenen Sache schuldvoller Weise einen vertragswidrigen Gebrauch macht, auch wegen des Zufalles haftet, welcher die Folge dieses vertragswidrigen Gebrauches ist — was in Uebereinstimmung mit dem röm. Rechte verschiedene neuere Gesetzgebungswerke ausdrücklich bestimmen (vergl. l. 5 § 7 D. commod. 13, 6; § 2 J. quibus mod. re 3, 14; preuß. A. L. R. I, 21 § 251; österr. G. B. § 979; code civil Art. 1881; schweiz. Bd. Gef. Art. 322; bayr. Entw. Art. 647) —, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, da es sich aus den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen verschuldeter Nichterfüllung ergiebt (vergl. §§ 240, 224). Im Zusammenhange mit den Bestimmungen über die aus dem Leihvertrage für den Entleiher entspringenden Verpflichtungen erwähnen ferner verschiedene Gesetzgebungswerke ausdrücklich, daß der Entleiher die geliehene bei Verschlechterung 2c., Sache vor Entfremdung und vor Verschlechterung mit der ihm obliegenden Sorgfalt zu bewahren habe (vergl. code civil Art. 1880; hess. Entw. Art. 254, bayr. Entw. Art. 646, dresd. Entw. Art. 604). In Anlehnung an das röm. Recht und nach dem Vorgange anderer neuerer Gesetzgebungswerke (vergl. l. 5 § 4 D. commod. 13, 6; preuß. A. L. R. I, 21 § 250; code civil Art. 1882; sächs. G. B. § 1177) knüpft der dresd. Entw. Art. 604 daran die weitere Vorschrift, daß der Entleiher insbesondere verpflichtet sei, wenn seine eigenen Sachen und die bei gemeinsch. Gefahr für die Leihsache und eigene Sache. entliehene Sache von einer gemeinschaftlichen Gefahr bedroht seien, die letztere mit Hintenansetzung seiner eigenen Sache zu retten. Weder die eine noch die andere Bestimmung ist in den vorliegenden Entwurf aufgenommen, die erstere nicht, weil sie als selbstverständlich, die letztere nicht, weil sie als bedenklich erachtet ist. In letzterer Hinsicht verdient es vielmehr den Vorzug, die Entscheidung dem Richter zu überlassen, welcher die Umstände des konkreten Falles zu würdigen haben wird, von denen allein es abhängt, ob dem Entleiher ein seine Verantwortlichkeit begründender Vorwurf trifft. Hat der Entleiher, welcher die entliehene Sache nicht zurückgeben kann, dem Verleiher Schadensersatz für den Verlust der Sache geleistet, so folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz (vergl. § 223), daß mit der Ersatzleistung auf den Entleiher die Ansprüche übergehen, welche dem Verleiher auf Grund seines Eigenthumes oder sonstigen Rechtes gegen Dritte zustehen. Durch diese Bestimmung erledigt sich die aus dem röm. Rechte in verschiedene neuere Gesetzgebungswerke übergegangene besondere Vorschrift, daß, wenn die Sache nach der Ersatzleistung später wieder in den Besitz des Verleihers kommt, dieser nach seiner Wahl entweder gegen Ueberlassung der Sache an den Entleiher den empfangenen

Ersatz oder gegen Rückerstattung des Ersatzes die Sache behalten könne (vergl. l. 17 § 5 D. commod. 13, 6; l. 2 D. de cond. s. causa 12, 7; preuß. A. L. R. I, 21 §§ 254—256; österr. G. B. § 980; hess. Entw. Art. 260, bayr. Entw. Art. 654). Ein Bedürfniß, mit dem bayr. Entw. Art. 655 und dem dresd. Entw. Art. 613 (vergl. auch österr. G. B. § 982; hess. Entw. Art. 264) den Anspruch des Verleihers auf Schadensersatz an eine kurze Verjährung zu knüpfen, liegt nicht vor (vergl. auch die Mot. zu § 551). Verjährung.

Ist Mehreren eine Sache gemeinschaftlich geliehen worden, so ist die den mehreren Entleihern obliegende Leistung auf Rückgabe als eine untheilbare anzusehen. Ueber die daraus nach Maßgabe der §§ 340, 341 sich ergebenden Konsequenzen hinauszugehen und mit einzelnen neueren Gesetzgebungswerken (vergl. code civil Art. 1887; sächs. G. B. § 1185; schweiz. Bd. Ges. Art. 324; bayr. Entw. Art. 658, dresd. Entw. Art. 612) positiv zu bestimmen, daß die mehreren Entleiher als Gesammtschuldner haften sollen — was namentlich im Hinblicke auf die Vorschrift des § 341 von praktischer Bedeutung sein würde —, fehlt es an einem genügenden Grunde. Mehrere Entleiher.

§§ 555, 556.

Daß die Gebrauchsleihe mit dem Ablaufe der vereinbarten Zeit endigt (vergl. preuß. A. L. R. I, 21 § 234; österr. G. B. § 973; code civil Art. 1888; sächs. G. B. §§ 1180, 1181; schweiz. Bd. Ges. Art. 325; hess. Entw. Art 261, bayr. Entw. Art. 650, dresd. Entw. Art. 608), bedarf im Hinblicke auf die Bestimmung des § 549, weil selbstverständlich, keines besonderen Ausdruckes. Aus dem gleichen Grunde könnte an sich auch die Bestimmung entbehrt werden, daß, wenn eine Sache zu einem bestimmten Zwecke verliehen worden, der Entleiher dieselbe zurückzugeben hat, wenn der bezweckte Gebrauch gemacht ist. Ihre Aufnahme empfiehlt sich jedoch wegen ihres Zusammenhanges mit der weiteren Bestimmung des § 555, daß der Verleiher in dem vorausgesetzten Falle die Sache auch schon vor gemachtem Gebrauche zurückfordern kann, wenn eine Zeit verstrichen ist, während welcher der bezweckte Gebrauch von dem Entleiher hätte gemacht werden können, — eine Bestimmung, deren Angemessenheit nicht zu verkennen ist, deren Selbstverständlichkeit aber bezweifelt werden könnte. Entsprechende Bestimmungen, wie die des § 555, enthalten auch das österr. G. B. § 973, das schweiz. Bd. Ges. Art. 325, der hess. Entw. Art. 262, der bayr. Entw. Art. 650 und der dresd. Entw. Art. 608. Das preuß. A. L. R. I, 21 § 234 und der code civil Art. 1888 gedenken zwar des Rückforderungsrechtes nach gemachtem Gebrauche, nicht aber auch besonders des Falles, wenn der bezweckte Gebrauch zur Ungebühr verzögert wird. Beendigung bei Leihe zu einem bestimmten Zwecke,

Die Vorschrift des § 556 rechtfertigt sich durch die Natur der Sache, da in dem vorausgesetzten Falle der Entleiher aus dem Inhalte des Vertrages ein die Zeit der Zurückforderung beschränkendes Recht für sich nicht ableiten kann (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 21 §§ 231, 232; österr. G. B. § 974; sächs. G. B. § 1181; schweiz. Bd. Ges. Art. 327; dresd. Entw. Art. 610). Im Anschlusse an eine im gemeinen Rechte vertretenen Ansicht behandeln das preuß. A. L. R. und das österr. G. B. a. a. O. in dem Falle bei unbestimmter Zeitdauer.

das § 556 das Verhältniß nicht als Leihvertrag, sondern als precarium. Eine solche Unterscheidung ist im Hinblicke auf die Vorschrift des § 558 vom Standpunkte des Entwurfes aus ohne praktische Bedeutung, zumal der letztere auch in sachenrechtlicher Beziehung zwischen Kommodat und precarium nicht unterscheidet.

Keine Kündigung.

Weder im Falle des § 555 Abs. 2, noch im Falle des § 556 ist die Entstehung des Zurückforderungsrechtes von einer vorgängigen Kündigung durch den Verleiher abhängig gemacht. Eine solche Kündigung würde, wenn nicht zugleich eine Kündigungsfrist bestimmt wird — was jedoch in den hier fraglichen Fällen nicht sachgemäß ist —, nur von geringer praktischer Bedeutung sein. Da die Ausübung des Rückforderungsrechtes die Aufforderung oder Kündigung nothwendig in sich schließt, so könnte eine die vorgängige Kündigung vorschreibende Bestimmung — zum Nachtheile des Verleihers — nur von Belang werden, wenn dieser über die Sache zu Gunsten eines Dritten verfügt hätte und der letztere die Sache dem Entleiher sofort entzöge, ohne daß demselben zuvor durch den Verleiher gekündigt worden wäre, indem in einem solchen Falle der Verleiher auf Grund jener Vorschrift für schadensersatzpflichtig erachtet werden könnte. Gegen die Zulässigkeit und Angemessenheit eines solchen Anspruches spricht aber die Erwägung, daß es für den Entleiher kein Interesse hat, ob der Verleiher oder ein Dritter ihn zur sofortigen Rückgabe nöthigt bezw. auffordert.

§ 557.

Rücktrittsrecht des Verleihers

Der § 557 bezeichnet die Fälle, in welchen kraft positiver Vorschrift der Verleiher von dem Vertrage für die Zukunft zurücktreten kann. Um mit der Fassung des die Miethe betreffenden § 528 in Uebereinstimmung zu bleiben, bezeichnet der § 557 das hier in Rede stehende Recht des Verleihers — abweichend von der Ausdrucksweise der meisten neueren Gesetzgebungswerke — als Rücktrittsrecht, nicht als ein dem Verleiher vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit zustehendes Zurückforderungsrecht.

1. bei vertragswidrigem Gebrauche ꝛc.,

Die Bestimmung unter Nr. 1 steht sachlich im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen im Einklange (vergl. l. 3 Cod. de loc. 4, 65; preuß. A. L. R. I, 21 § 237; österr. G. B. § 978; sächs. G. B. § 1180 verb. mit § 1176; schweiz. Bd. Ges. Art. 326; hess. Entw. Art. 261, bayr. Entw. Art. 651, dresd. Entw. Art. 609). Sie beruht auf ähnlichen Gründen, wie die für die Miethe getroffene Bestimmung des § 528 Nr. 1; sie schließt sich auch in der Fassung dieser letzteren Bestimmung an; doch ist die in derselben als Voraussetzung des Rücktrittsrechtes hervorgehobene vorgängige Abmahnung, weil für den Leihvertrag nicht passend, im § 557 Nr. 1 nicht erwähnt.

2. bei eigenem Bedürfnisse des Verleihers,

Auch die Bestimmung unter Nr. 2 entspricht der Mehrzahl der Rechte (vergl. l. 3 Cod. de loc. 4, 65; preuß. A. L. R. I, 21 §§ 235, 236; code civil Art. 1889; sächs. G. B. § 1174; schweiz. Bd. Ges. Art. 326; dresd. Entw. Art. 609; abweichend österr. G. B. § 976, hess. Entw., arg. Art. 261, bayr. Entw., arg. Art. 651). Die auf Billigkeitsrücksichten beruhende Vorschrift

rechtfertigt sich durch die Natur der Gebrauchsleihe als einer Gefälligkeit. Daß auch derjenige, welcher die Verleihung einer Sache zugesagt hat, von dem Vertrage zurücktreten kann, wenn der in Nr. 2 vorgesehene Fall noch vor Verabfolgung der Sache eintritt — was das sächs. G. B. § 1174 und der dresd. Entw. Art. 600 ausdrücklich hervorheben —, bedarf neben der Bestimmung der Nr. 2 keines besonderen Ausdruckes, da die Zulässigkeit jenes Rücktrittes nach Maßgabe dieser Bestimmung nicht bezweifelt werden kann.

3. bei Tod des Entleihers.

Die Bestimmung unter Nr. 3 enthält eine Modifikation des im § 292 ausgesprochenen Grundsatzes, daß der Tod des Schuldners oder des Gläubigers auf den Fortbestand des Schuldverhältnisses ohne Einfluß ist. Noch weiter von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen und nach dem Vorgange verschiedener neuerer Gesetzgebungswerke zu bestimmen, daß die Gebrauchsleihe mit dem Tode des Entleihers endige (vergl. hess. Entw. Art. 263, bayr. Entw. Art. 657; sächs. G. B. § 1182; dresd. Entw. Art. 611; schweiz. Bd. Ges. Art. 328), ist bedenklich. Aus einer solchen Bestimmung würde folgen, daß die Erben des Entleihers zur sofortigen Rückgabe verpflichtet wären, namentlich aber, daß sie sich jedes Gebrauches der Sache zu enthalten hätten und durch den Gebrauch sich verantwortlich machen würden. In vielen Fällen — nämlich in denjenigen, in welchen der Verleiher bei Eingehung des Vertrages auf die Persönlichkeit des Entleihers entscheidendes Gewicht gelegt hat —, mag es gerechtfertigt sein, die Erben zum Gebrauche für nicht befugt zu halten (vergl. code civil Art. 1879). Es sind dies aber Fälle, in welchen die mangelnde Gebrauchsbefugniß sich regelmäßig schon aus dem Inhalte des Vertrages ergeben wird. Andererseits giebt es manche Fälle, in welchen es hart erscheinen würde, den Erben des Entleihers jedes Gebrauchsrecht zu versagen. Soll eine dispositive Rechtsregel aufgestellt werden, welche im Zweifel für alle Fälle maßgebend wird, so empfiehlt es sich daher, einen Mittelweg einzuschlagen und dem Verleiher nur das Rücktrittsrecht beizulegen, um so mehr, als das geltende Recht überwiegend, namentlich das gemeine und das preuß. Recht, nicht einmal diese Rücktrittsbefugniß anerkennt, vielmehr dem Tode des Entleihers auf den Fortbestand des Vertrages überhaupt keinen Einfluß einräumt.

Tod des Verleihers.

Dem Tode des Verleihers ist im Einklange mit dem geltenden Rechte ein Einfluß auf den Fortbestand des Vertrages nicht zugestanden, da es an haltbaren Gründen fehlt, auch für diesen Fall von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen.

§ 558.

Prekarium. Geltendes Recht.

Der § 558 betrifft den Fall des precarium. Ueber das Verhältniß des precarium zum Kommodate gehen gemeinrechtlich die Ansichten in verschiedenen Beziehungen auseinander. Namentlich besteht über dem karakteristischen Unterschied beider Institute, sowie darüber Streit, inwieweit die Vorschriften über das Kommodat auch auf das precarium Anwendung finden. Die herrschende Meinung geht dahin, daß im einzelnen Falle zu untersuchen sei, ob auch der Geber sich durch die Hingabe irgendwie habe binden wollen oder nicht. Im

ersteren Falle liege ein Kommodat, im letzteren ein precarium vor. Aber auch unter den Anhängern dieser Ansicht ist streitig, inwieweit auf die Verbindlichkeiten des Prekaristen die Grundsätze vom Kommodate anzuwenden sind. Die neueren Gesetzbücher und Entwürfe haben zum Theil das Kommodat und das precarium in der Art zu einem einheitlichen Institute verschmolzen, daß das letztere in dem ersteren aufgegangen ist und der Fall, in welchem der Geber die hingegebene Sache beliebig zurückzufordern berechtigt ist, nur einen besonderen Fall des Kommodates bildet. Dies ist der Standpunkt des sächs. G. B., des schweiz. Bd. Ges., des hess. Entw., des bayr. Entw., des dresd. Entw., und, nach der Auffassung der Jurisprudenz, auch der des franz. Rechtes, obwohl der code civil des precarium nicht besonders gedenkt (vergl. sächs. G. B. § 1173 verb. mit § 1181; schweiz. Bd. Ges. Art. 321 verb. mit Art. 327; hess. Entw. Art. 248 verb. mit Art. 265, bayr. Entw. Art. 640 verb. mit Art. 652, dresd. Entw. Art. 598 verb. mit Art. 610). Dagegen sondern das preuß. A. L. R. I, 21 §§ 222—234 und das österr. G. B. §§ 971, 974 des precarium aus dem Begriffe des Leihvertrages aus, ohne jedoch, abgesehen von der beliebigen Widerruflichkeit im Falle des precarium, die Wirkungen des letzteren in obligatorischer Beziehung näher zu bestimmen, so daß es zweifelhaft bleibt, ob und inwieweit im Uebrigen die Vorschriften über den Leihvertrag auf dasselbe anzuwenden sind oder nicht.

Entwurf. Die Bestimmungen des röm. Rechtes über das precarium und die in Ansehung des letzteren namentlich im gemeinen Rechte bestehenden Streitfragen lassen es rathsam erscheinen, das precarium im Gesetze besonders hervorzuheben und auszudrücken, daß dasselbe nach den für die Gebrauchsleihe geltenden Rechtsnormen zu beurtheilen ist. Gegen die von dem dresd. Entw. Art. 610 nach dem Vorbilde anderer neuerer Gesetzgebungswerke gewählte Fassung, daß der Verleiher, wenn er die Sache nur auf Widerruf verliehen habe, solche beliebig zurückfordern könne, erhebt sich das Bedenken, daß sie an einer gewissen Tautologie leidet. Die Fassung des § 558 sucht dieses Bedenken zu vermeiden. Gegen diese Fassung kann andererseits nicht eingewendet werden, daß nach derselben im Hinblicke auf § 555 der Verleiher nicht vor dem bezweckten und nicht verzögerten Gebrauche zurückfordern könne. Ist in der That, obschon zu einem gewissen Gebrauche verliehen, ein precarium vorhanden, so liegt es auf der Hand, daß das beliebige Rückforderungsrecht, als durch den Vertragsinhalt besonders gesichert, unanfechtbar bleibt.

Besitzklage des Verleihers. Eine besondere Besitzklage steht im Falle des precarium dem Verleiher gegen den die Rückgabe nach erfolgtem Widerrufe weigernden Prekaristen nach dem Entwurfe nicht zu.

Siebenter Titel.

Dienst- und Werkvertrag.

Verschiedene unter den Begriff des Dienst- bezw. Werkvertrages fallende Verhältnisse sind bereits durch die Reichsgesetzgebung mehr oder weniger ausführlich geregelt. Dahin gehören namentlich: das Dienstverhältniß der Handelsgehülfen (H. G. B. Art. 57—65), des Schiffers (H. G. B. Art. 478—527), der Schiffsmannschaft (Seemannsordn. v. 27. Dezember 1872), der Anspruch auf Berge- und Hülfslohn bei der Bergung und Hülfeleistung in Seenoth, bei Bergung von Seeauswurf und strandtriftigen Gegenständen (H. G. B. Art. 742 bis 756; Strandungsordn. v. 17. Mai 1874), das Dienstverhältniß der gewerblichen Arbeiter — Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter — (Gew. O. in der Redaktion v. 1. Juli 1883 §§ 105—139 b, 154), das Frachtgeschäft zur gewerbemäßigen Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern, sowie von Gütern und von Reisenden zur See (H. G. B. Art. 390 bis 431, 557—679) und speziell der Postbeförderungsvertrag (R. Postges. v. 28. Oktober 1871). Auch in Beziehung auf das privatrechtliche Verhältniß der amtlich bestellten Handelsmäkler enthält die Reichsgesetzgebung einzelne hierher gehörende Bestimmungen (H. G. B. Art. 81—83). Geltendes Reichsrecht.

Diese besonderen reichsgesetzlichen Bestimmungen bleiben nach Maßgabe der Vorschriften des Einführungsgesetzes unberührt. Vorbehalt für das Einführungsgesetz.

In dem Einführungsgesetze wird ferner zu bestimmen sein, inwieweit den Landesgesetzen freisteht, den Gesindedienstvertrag zu ordnen und dabei von den Vorschriften dieses Titels über den Dienstvertrag abzuweichen.

I. Dienstvertrag.

§ 559.

Die den Abschnitt über den Dienstvertrag einleitende, den wesentlichen Inhalt dieses Vertrages angebende Bestimmung des Abs. 1 Satz 1 schließt sich in der Fassung der für die Miethe getroffenen Bestimmung des § 503 an. Diese Anlehnung an den Miethvertrag empfiehlt sich im Hinblicke auf die nahe Verwandtschaft beider Verträge. Inhalt.

Zum Wesen des Dienstvertrages gehört, daß der eine Vertragschließende sich dem anderen zur Leistung von Diensten verpflichtet. Gegenstand der Verpflichtung sind die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche. Dadurch unterscheidet sich der Dienstvertrag von dem Werkvertrage, welcher letztere ein Werk (im engeren oder weiteren Sinne) oder das Erzeugniß der Dienste oder der Arbeit zum Gegenstande hat (vergl. §§ 567, 579 und die Motive zu § 567). Gegenstand: Dienste

Nach röm. Rechte kann nicht jede Art von Diensten Gegenstand der Dienstmiethe (locatio conductio) sein, vielmehr sind gewisse Dienstleistungen aus dem Kreise derselben ausgeschlossen. In der gemeinrechtlichen Doktrin jeder Art.

pflegt in dieser Beziehung zwischen sog. operae illiberales und operae liberales unterschieden und nur derjenige Vertrag, welcher die entgeltliche Leistung von operae illiberales zum Gegenstande hat, als Dienstmiethe im Sinne des röm. Rechtes bezeichnet zu werden. Doch gehen die Ansichten darüber, welche Dienstleistungen der einen oder der anderen Kategorie angehören, und ob und inwieweit jene Unterscheidung für das heutige gemeine Recht überhaupt noch praktische Bedeutung hat, weit auseinander. In neuerer Zeit scheint übrigens sowohl in Theorie als Praxis die Ansicht an Boden zu gewinnen, daß im Hinblicke auf die heutigen sozialen Anschauungen jene Unterscheidung des röm. Rechtes keine Beachtung mehr verdiene, vielmehr gemeinrechtlich auch solche Verträge, welche die entgeltliche Leistung von operae liberales zum Gegenstande haben, nach denselben Regeln wie die locatio conductio operarum zu beurtheilen seien (Entsch. d. R. G. in Civils. XVIII 36 S. 174 ff.). Dies ist nach dem Vorgange der meisten neueren Gesetzgebungswerke auch der Standpunkt des Entwurfes (vergl. österr. G. B. §§ 1151, 1163; sächs. G. B. § 1230; schweiz. Bd. Ges. Art. 338, 348; bayr. Entw. Art. 484, 486, 509, dresd. Entw. Art. 615; abweichend hess. Entw. Art. 208, 209; wegen des preuß. Rechtes vergl. A. L. R. I, 11 §§ 894 bis 924, wegen des franz. Rechtes code civil Art. 1708, 1710, 1711, 1779). In der Fassung weicht jedoch der Entwurf von den neueren Gesetzgebungswerken darin ab, daß er es vermeidet, auch nur in formeller Beziehung zwischen den operae liberales und illiberales zu unterscheiden. Eine solche auch nur formelle Unterscheidung muß als der modernen Rechtsauffassung entschieden widerstreitend schlechthin abgelehnt werden. Andererseits ist es wegen des gemeinen Rechtes und der in der gemeinrechtlichen Doktrin bestehenden Streitfragen bedenklich, sich in der hier fraglichen Beziehung jeder ausdrücklichen Vorschrift zu enthalten.

Ueber den Unterschied zwischen dem Dienstvertrage und dem Auftrage, sowie über die Frage, ob und inwieweit gewisse Vorschriften über den Auftrag auch auf einen solchen Dienstvertrag anwendbar sind, durch welchen Jemand sich verpflichtet, ein Geschäft für den Dienstherrn zu besorgen (bayr. Entw. Art. 508), wird auf die Motive zu §§ 585, 586 (Auftrag) verwiesen.

Dienstverschaffungsvertrag.

Nach der Fassung des Abs. 1 ist Gegenstand eines Dienstvertrages nur die Leistung, nicht auch die Verschaffung von Diensten. Gemeinrechtlich wird allerdings angenommen, daß auch ein auf Dienstverschaffung gerichteter Vertrag unter den Begriff der Dienstmiethe falle (vergl. l. 25 D. de op. lib. 38, 1; Entsch. d. R. G. bei Fenner und Mecke II 248). In dem Entwurfe ist dagegen davon ausgegangen, daß in einem solchen Falle kein Dienstvertrag, sondern ein nach anderen Regeln zu beurtheilender sonstiger Vertrag vorliegt (vergl. § 348 Abs. 2).

Leistung der Dienste in Person.

Verschiedene neuere Gesetzgebungen und Entwürfe stellen die Regel auf, daß der Dienstverpflichtete, wenn nicht aus der Verabredung oder aus den Umständen etwas Anderes sich ergiebt, die Dienste in Person zu leisten hat (vergl. sächs. G. B. § 1232; schweiz. Bd. Ges. Art. 338 Abs. 1, 339; hess. Entw. Art. 211, bayr. Entw. Art. 491, dresd. Entw. Art. 620; ferner in

Ansehung gewisser Dienstverträge preuß. A. L. R. I, 11 § 900 verb. mit den §§ 894, 920). Wenngleich eine solche Regel ohne Zweifel für eine große Zahl von Fällen paßt, so ist doch andererseits nicht zu leugnen, daß sie für viele Fälle nicht zutreffend erscheint. Unter diesen Umständen ist es richtiger, sich jeder Bestimmung in der hier fraglichen Richtung zu enthalten, damit der Richter freie Hand behält, die besonderen Umstände des einzelnen Falles, unbeengt durch eine dispositive Rechtsnorm oder durch eine Auslegungsregel, der Würdigung zu unterziehen. Gegen die Nichtaufnahme der obigen Regel kann auch nicht das Bedenken erhoben werden, daß beim Schweigen des Gesetzes der § 226 das noch weniger gerechtfertigte Gegentheil jener Regel ergeben werde. Der § 226 schließt die Berücksichtigung des eigenthümlichen Wesens des Dienstvertrages nicht aus. Er gestattet, wenn ein solcher vorliegt, immerhin in Betracht zu ziehen, daß der Dienstvertrag auf Dienstleistung und nicht auf Dienstverschaffung gerichtet ist. Die Nichtaufnahme der in Rede stehenden Bestimmung hat nicht den Zweck, die hieraus sich ergebenden Konsequenzen abzulehnen, sondern es ist damit nur beabsichtigt, der Mißdeutung vorzubeugen, daß der Dienstverpflichtete ausnahmslos und sofern nicht klar und bestimmt das Gegentheil vereinbart worden, verpflichtet sei, in Person zu leisten, und daß er insbesondere auch nicht befugt sei, der Mitwirkung von Gehülfen sich zu bedienen (vergl. § 224 Abs. 2). Besondere Vorschriften für den Fall, wenn der zur persönlichen Dienstleistung verbundene Dienstverpflichtete die Dienste zu leisten außer Stande gesetzt und deshalb nach § 237 von seiner Verbindlichkeit befreit wird, das öffentliche Interesse oder das Interesse des Dienstberechtigten aber erfordern, daß die Dienstleistung durch einen Anderen erfolgt (vergl. hess. Entw. Art. 212, bayr. Entw. Art. 491 Abs. 2), sind nicht erforderlich, da in dieser Beziehung die Rechtsnormen über den Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag genügen.

Aus ähnlichen Gründen, wie die, welche den Entwurf bestimmt haben, darüber keine Bestimmung aufzunehmen, ob der Dienstverpflichtete die Dienste in Person zu leisten hat, stellt der Entwurf auch darüber keine Regel auf, inwiefern der Dienstverpflichtete nur der Person des Dienstberechtigten die Dienste zu leisten verpflichtet ist, er mithin die Ueberlassung der Dienste an einen Dritten sich nicht gefallen zu lassen braucht und insbesondere die Abtretung des Anspruches auf die Dienste an einen Anderen ausgeschlossen ist. Es reicht in dieser Hinsicht die Vorschrift des § 295 aus. Inwiefern ein Vertrag, durch welchen der Dienstberechtigte die gedungenen Dienste an einen Dritten weiter verbingt, als gültig anzusehen ist (vergl. hess. Entw. Art. 219, bayr. Entw. Art. 487, dresd. Entw. Art. 618), bestimmt sich nach der Vorschrift des § 348 Abs. 2.

Ueberlassung der Dienste an einen Dritten;

Weiterverdingung.

Anlangend die Zeit, zu welcher die versprochenen Dienste zu leisten sind, so bedarf es in dieser Beziehung keiner besonderen Bestimmungen. Die aus dem hess. Entw. Art. 220 und dem bayr. Entw. Art. 492 in den dresd. Entw. Art. 621 Abs. 1 übergegangene Vorschrift, daß die Dienste zur bestimmten Zeit geleistet werden müssen, ist selbstverständlich, die weiter hinzugefügte Bestimmung aber, daß in Ermangelung einer Vereinbarung über die Leistungszeit nach dem Verlangen des Dienstberechtigten zu leisten sei, bedenklich. So

Zeit der Leistung der Dienste.

zahlreich die Fälle sein mögen, für welche die letztere Bestimmung als angemessen sich darstellt, so giebt es doch nicht wenige Fälle, für welche dieselbe sich keineswegs eignet und für welche es bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze verbleiben muß (vergl. § 231 Abs. 1). Die richtige Entscheidung des einzelnen Falles kann sich nur aus der Würdigung der besonderen Umstände und im Wege der Ermittelung des Parteiwillens ergeben. Die einzelnen Fälle sind außerdem weitaus so gestaltet, daß die Feststellung desjenigen, was als gewollt anzusehen ist, keinen Schwierigkeiten unterliegt, so daß eine dispositive Rechtsnorm oder eine für Zweifelsfälle Platz greifende Auslegungsregel um so weniger ein Bedürfniß ist. Ebensowenig kann es für angemessen erachtet werden, die im § 231 Abs. 2 enthaltene Auslegungsregel speziell für den Dienstvertrag von der Anwendung auszuschließen und umgekehrt zu bestimmen, daß der Dienstverpflichtete im Zweifel nicht berechtigt sei, vor der vereinbarten Erfüllungszeit zu leisten. Ob die Auslegungsregel des § 231 Abs. 2 zur Anwendung sich eignet oder nach der unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmenden Auslegung des Vertrages für ihre Unanwendbarkeit zu entscheiden ist, läßt sich nur aus den Umständen des einzelnen Falles entnehmen. Da der § 231 Abs. 2 nur eine „im Zweifel" maßgebende Auslegungsregel enthält, so ist kein Bedürfniß für eine besondere Bestimmung (vergl. sächs. G. B. §§ 1233, 1192; dresd. Entw. Art. 621 Abs. 2 Satz 1) vorhanden.

Ueber das Recht des Dienstberechtigten, von dem Vertrage für die Zukunft zurückzutreten, wenn ihm die vereinbarten Dienste nicht rechtzeitig geleistet werden, vergl. die §§ 361, 566 und die Mot. zu § 566.

Art und Weise der Dienstleistung.

Auch in Ansehung der Art und Weise, wie der Dienstverpflichtete die Dienste zu leisten hat, sind besondere Bestimmungen entbehrlich. Die nach dem Vorbilde des hess. Entw. Art. 220 und des bayr. Entw. Art. 492 in den dresd. Entw. Art. 622 übergegangenen Vorschriften, daß der Dienstverpflichtete die Dienste in der vereinbarten Weise und, soweit letztere nicht besonders vereinbart worden sind, nach der Anweisung des Dienstberechtigten, in Ermangelung einer solchen aber auf eine dem Gegenstande und dem Zwecke der Dienstleistung entsprechende Weise nach bester Einsicht auszuführen habe, enthalten, abgesehen von der Bestimmung, daß der Dienstverpflichtete nach der Anweisung des Dienstberechtigten zu verfahren habe, nur Selbstverständliches. Die letztere Bestimmung aber giebt zu Bedenken Anlaß. Unzweifelhaft ist sie für viele Fälle gerechtfertigt (vergl. die engere Vorschrift des preuß. A. L. R. I, 11 § 895), aber in manchen Fällen ist sie nichts weniger als passend. Bei der Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit aller in Betracht kommenden Fälle und bei dem weiten Umfange des für den Dienstvertrag aus dem § 559 Abs. 1 Satz 2 sich ergebenden Begriffes läßt sich ohne große Gefahr eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Für eine solche Regel fehlt es zudem an einem nachweisbaren Bedürfnisse.

Garantie besonderer Sachkunde &c.

Die Quellen des röm. Rechtes heben besonders hervor, daß es dem Dienstverpflichteten als culpa zuzurechnen ist, wenn ihm diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten fehlen, zu welchen er sich ausdrücklich oder stillschweigend bekannt hat. Ob dies auch bei operae liberales gilt oder in diesem Falle der

Dienstverpflichtete nur wegen dolus oder culpa lata haftet, ist bestritten (vergl. l. 9 § 5 D. loc. 19, 2). Die neueren Gesetzgebungswerke enthalten in dieser Beziehung für den Dienstvertrag keine besonderen Bestimmungen. Auch der Entwurf hält die Aufnahme einer besonderen Vorschrift für entbehrlich, indem in den hier fraglichen Fällen angenommen werden muß, daß der Dienstverpflichtete die erforderliche Sachkunde zugesichert oder garantirt hat. Eine andere Frage ist, in welchen Fällen ein stillschweigendes Garantieversprechen sich annehmen läßt. Diese Frage läßt indessen eine allgemeine und für alle Fälle passende Beantwortung nicht zu; vielmehr hängt die richtige Entscheidung von den konkreten Umständen ab.

Aufwand, Werk- und Fahrzeuge ꝛc.

Verschiedene neuere Gesetzgebungswerke haben noch besondere Vorschriften darüber aufgenommen, wer in Ermangelung einer anderen Vereinbarung den mit der Dienstleistung verbundenen Aufwand zu tragen und die zum Zwecke der Dienstleistung erforderlichen Werk- und Fahrzeuge zu stellen hat, ferner über die Verpflichtung des Dienstverpflichteten, die ihm von dem Dienstherrn zum Zwecke der Leistung der Dienste übergebenen Werk- und Fahrzeuge vor Verlust und Beschädigung zu bewahren und nach der Dienstleistung zurückzugeben (vergl. sächs. G. B. § 1240· hess. Entw. Art. 214, 221, bayr. Entw. Art. 494, 495, dresd. Entw. Art. 623). Die Aufnahme derartiger Vorschriften ist theils wegen Selbstverständlichkeit als entbehrlich, theils im Hinblicke auf die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der nach Abs. 1 hier in Betracht kommenden Fälle als bedenklich erachtet.

Entgeltlichkeit der Dienstleistung.

Die Hauptverbindlichkeit des Dienstberechtigten besteht nach Abs. 1 darin, daß er dem Dienstverpflichteten die vereinbarte Vergütung zu entrichten hat. Die Entgeltlichkeit der Dienstleistung ist für den Dienstvertrag wesentlich (vergl. l. 2 pr. D. loc. 19, 2; preuß. A. L. R. I, 11 § 870; österr. G. B. § 1151; code civil Art. 1710; sächs. G. B. § 1229; schweiz. Bd. Ges. Art. 338; hess. Entw. Art. 208, 209, bayr. Entw. Art. 484, dresd. Entw. Art. 614). Wird durch Vertrag ein Dienst unentgeltlich zugesichert, so kann je nach den Umständen des einzelnen Falles ein Auftrags- oder ein Schenkungsvertrag vorliegen; es kann aber auch sein, daß ein solcher Vertrag weder unter den Begriff des Auftrages noch der Schenkung fällt, eine Schenkung namentlich deshalb nicht vorliegt, weil es an einer Bereicherung des Berechtigten oder an einem Aermerwerden des Verpflichteten fehlt (vergl. § 437). Wenngleich ein solcher Vertrag wegen der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung auch nicht als Dienstvertrag anzusehen ist, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß einzelne mit der Entgeltlichkeit des Dienstvertrages nicht in Zusammenhang stehende Vorschriften über den Dienstvertrag auch auf jenen Vertrag anwendbar sind. Insbesondere kann die Anwendbarkeit der §§ 563, 564, 566 keinem Zweifel unterliegen, indem schon die Rechtslogik nöthigt, diese Vorschriften auf den Fall der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung auszudehnen. Dies gilt auch dann, wenn der Vertrag als Schenkung aufzufassen ist.

Stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung.

Die Aufnahme der in Abs. 2 enthaltenen, die stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung betreffenden Auslegungsregel rechtfertigt sich durch die große praktische Wichtigkeit, welche erfahrungsmäßig derselben zukommt (vergl. auch § 567 Abs. 2, § 586 Satz 2, § 613 Satz 2). Die Bestimmung

schließt sich, auch so viel die Fassung angeht, im Wesentlichen dem sächs. G. B. §§ 1231, 820, dem dresd. Entw. Art. 614 Abs. 2 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 338 Abs. 2 an (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 11 §§ 873 und 874 und dazu Entsch. d. R. O. H. G. XXI 90). Die mehr auf ein objektives Moment gerichtete Fassung des bayr. Entw. Art. 485 verdient als zu eng und zudem der Mißdeutung fähig, keine Billigung.

Art der Vergütung. Im Einklange mit dem code civil Art. 1710 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 338 ist, wie bei der Miethe und Pacht (vergl. §§ 503, 531), so auch hier eine Bestimmung darüber, worin die Vergütung bestehen kann, nicht aufgenommen. Einzelne neuere Gesetzgebungswerke haben allerdings, um dem Standpunkte des röm. Rechtes entgegenzutreten, ausdrücklich bestimmt, daß die Gegenleistung nicht blos in Geld, sondern auch in anderen Leistungen bestehen könne (vergl. hess. Entw. Art. 210, bayr. Entw. Art. 488, dresd. Entw. Art. 616; auch preuß. A. L. R. I, 11 §§ 869, 875; österr. G. B. §§ 1151 und 1173). Ein solcher Ausspruch ist jedoch überflüssig. Andererseits fehlt es an inneren Gründen, die Gegenleistung mit dem röm. Rechte auf Geld oder mit dem sächs. G. B. § 1231 auf Geld oder andere Sachen zu beschränken (Motive zu § 503).

In Betreff des sog. commis interessé und der in einem ähnlichen Verhältnisse stehenden Personen eine besondere Bestimmung aufzunehmen, ist nicht für erforderlich gehalten.

Bemessung der Vergütung. Entbehrlich, weil selbstverständlich, ist ferner die aus dem hess. Entw. Art. 210 und dem bayr. Entw. Art. 488 in den dresd. Entw. Art. 616 übergegangene Bestimmung, daß der Lohn für die zu leistenden Dienste im Ganzen oder nach den Gegenständen, auf welche sich die Dienstleistung bezieht (nach Stücken), oder nach dem Maße derselben oder nach Zeitabschnitten bestimmt sein kann.

Ebensowenig bedarf es der im dresd. Entw. Art. 617 (vergl. auch bayr. Entw. Art. 485) sich findenden Vorschrift, daß, wenn die Größe des Lohnes nicht bestimmt ist, sich dieselbe nach der dafür bestehenden obrigkeitlichen Taxe oder in Ermangelung einer solchen nach dem Ortsgebrauche richtet, daß aber, wenn es auch an einem Ortsgebrauche fehlt, das Ermessen des Dienstverpflichteten maßgebend ist. In dieser Beziehung sind die Vorschriften der §§ 353, 354 genügend.

Andere Verpflichtungen des Dienstberechtigten. Außer der Verpflichtung des Dienstberechtigten zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung können aus dem Dienstvertrage für denselben unter Umständen auch noch andere Verbindlichkeiten entstehen. Insbesondere ist anzunehmen, daß der Dienstberechtigte im Falle der Lieferung ungeeigneter Werkzeuge oder der Versäumung der erforderlichen Schutzvorrichtungen (vergl. § 120 der Gew. O.) dem Dienstverpflichteten für den demselben daraus entstehenden Schaden auch auf Grund seiner vertragsmäßigen Pflichten verantwortlich ist. Angesichts der §§ 359, 224, 144 fehlt es jedoch an einem Bedürfnisse, die Frage ausdrücklich im Gesetze zu entscheiden (vergl. bayr. Entw. Art. 493; Entsch. d. R. G. in Civils. VIII 38, XVIII 36 S. 176).

Anlangend die Terminologie, so ist der Entwurf theils dem sächs. G. B., theils dem schweiz. Bd. Ges. gefolgt.

§ 560.

Vorleistung des Dienstverpflichteten. Zeit der Vergütung.

Der § 560 spricht im Einklange mit dem geltenden Rechte, insbesondere österr. G. B. § 1156, sächs. G. B. § 1238, schweiz. Bd. Ges. Art. 340, hess. Entw. Art. 215, bayr. Entw. Art. 496, dresd. Entw. Art. 624, das wichtige Prinzip aus, daß der Dienstverpflichtete in gleicher Art wie der Vermiether (vergl. § 517) zur Vorleistung verpflichtet ist. Die weitere besondere Bestimmung, daß, wenn die Vergütung nach bestimmten Zeitabschnitten bemessen ist, der Dienstverpflichtete je nach Ablauf eines Zeitabschnittes die Vergütung soll verlangen dürfen, schließt sich ebenfalls der für die Miethe getroffenen Bestimmung des § 517 an (vergl. auch österr. G. B. § 1156; hess. Entw. Art. 215 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 496). Der dresd. Entwurf hat sich allerdings gegen die Aufnahme einer solchen Bestimmung entschieden. Es ist indessen nicht abzusehen, weshalb es in der hier fraglichen Beziehung bei dem Dienstvertrage anders sein soll als bei der Miethe.

§ 561.

Annahmeverzug des Dienstberechtigten.

Bei der Miethe ist der Entwurf davon ausgegangen, daß der zur Vorleistung verpflichtete Vermiether der Vorleistungspflicht durch den einseitigen Akt Genüge leistet, mittels welcher er dem Miether die vermiethete Sache behufs des vertragsmäßigen Gebrauches zur Verfügung stellt, sofern nur der Ausübung des Gebrauches ein objektives Hinderniß nicht entgegensteht, und daß jener einseitige Akt nicht blos als Erfüllung der Vorleistungspflicht wirkt, sondern die wirkliche (reelle) Erfüllung der letzteren enthält und demzufolge die Vorschriften über den Annahmeverzug nicht weiter in Betracht kommen können. Das hieraus sich ergebende Prinzip in das Gesetz aufzunehmen, ist jedoch nicht als nöthig, vielmehr die Aufnahme der in § 518 enthaltenen Bestimmungen als genügend erachtet; aber auch diese Bestimmungen sind nur, um Mißverständnissen vorzubeugen, aufgenommen (vergl. die Motive zu § 518).

Für den Dienstvertrag kann dagegen das gleiche Prinzip, also der Grundsatz, daß die Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten erfüllt ist, wenn er zur Dienstleistung im Stande ist und sich bereit erklärt hat, keineswegs als selbstverständlich erachtet werden, da einleuchtend die beiden angegebenen Erfordernisse nicht genügen, um die wirkliche (reelle) Dienstleistung annehmen zu können, und nach den allgemeinen Bestimmungen über den Annahmeverzug ein, wenngleich den Vorschriften des § 255 entsprechendes Anbieten der Dienste nicht als Erfüllung wirkt. Indessen läßt sich die Angemessenheit jenes Prinzipes, obwohl dasselbe von nicht zu unterschätzender Bedeutung und von tiefgreifender Wirkung ist, auch für den Dienstvertrag nicht bestreiten, namentlich auch insoweit nicht, als dasselbe über die Folgen des Annahmeverzuges hinaus den Dienstverpflichteten von der Verbindlichkeit der nachträglichen Leistung der Dienste befreit. In letzterer Beziehung darf insbesondere nicht unbeachtet bleiben, daß dem Dienstvertrage regelmäßig die Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft beiwohnt. Dieser Gesichtspunkt in Verbindung mit den übrigen Eigenthümlichkeiten des Dienstvertrages macht die Annahme des gedachten Prinzipes im Allgemeinen um so unbedenklicher, als dasselbe ganz besonders

geeignet ist, für den Dienstvertrag in einer der wichtigsten Beziehungen einfaches und klares Recht zu gewinnen.

Geltendes Recht.

Das von dem Entwurfe angenommene Prinzip liegt, wenngleich weniger klar und bestimmt ausgesprochen, auch allen denjenigen Gesetzgebungswerken zu Grunde, welche bestimmen, daß der Dienstverpflichtete die Vergütung auch dann fordern kann, wenn der Dienstberechtigte wegen eines in seiner Person eingetretenen Zufalles von den Diensten keinen Gebrauch machen kann (vergl. sächs. G. B. §§ 1235, 870, 1239; österr. G. B. § 1155; hess. Entw. Art. 222, bayr. Entw. Art. 498, dresd. Entw. Art. 625). Auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes besteht ebenfalls Einverständniß darüber, daß der Dienstverpflichtete seines Anspruches auf die Gegenleistung nicht verlustig geht, wenn er seinerseits die Dienste zu leisten bereit und im Stande ist, der Dienstberechtigte aber dieselben nicht annehmen will oder, wenn auch ohne seine Schuld, nicht annehmen kann (vergl. l. 19 § 9, l. 38 pr. D. loc. 19, 2; Entsch. d. R. G. III 51). Bestritten ist aber, ob nicht dem Dienstverpflichteten der Anspruch auf die Gegenleistung selbst dann zusteht, wenn die Dienstleistung durch einen nicht in der Person des Dienstberechtigten eingetretenen Zufall unmöglich geworden ist, oder wenigstens dann, wenn dieser Zufall sich nicht in den persönlichen Verhältnissen des Dienstverpflichteten ereignet hat, der letztere vielmehr persönlich fähig und bereit ist, die Dienste zu leisten (vergl. dagegen Entsch. d. R. G. III 51). Auch gehen die Ansichten darüber auseinander, ob der Anspruch des Dienstverpflichteten auf die Gegenleistung in den hier fraglichen Fällen als ein Anspruch auf die Gegenleistung als solche oder als ein Schadensersatzanspruch sich darstellt. Nach preuß. Rechte kann der Dienstverpflichtete zwar in den Fällen, in welchen der Dienstberechtigte ohne Grund die Annahme der ihm zur Verfügung gestellten Dienste verweigert, aus dem Gesichtspunkte der Entschädigung die Gegenleistung verlangen, dagegen ist, wenn die Leistung der Dienste durch Zufall unmöglich wird, der Vertrag aufgehoben, so daß auch das Recht des Dienstverpflichteten auf die Gegenleistung wegfällt. Das preuß. Recht unterscheidet in dieser Beziehung auch nicht, ob der Zufall in der Person des Dienstverpflichteten oder des Dienstberechtigten sich ereignet oder in äußeren Verhältnissen liegt (vergl. A. L. R. I, 11 § 878 verb. mit I, 5 §§ 408, 409, I, 11 § 879 verb. mit I, 5 § 364, arg. I, 11 §§ 884—886, 908, 917). Der code civil und das schweiz. Bd. Ges. haben in der hier fraglichen Beziehung überhaupt keine besonderen Vorschriften gegeben.

Entwurf:

Anlangend die Art und Weise, wie dem von dem Entwurfe angenommenen Prinzipe Ausdruck zu verleihen ist, so darf jedenfalls nicht ausgesprochen werden, daß die Dienstleistung erfolgt sei, wenn die betreffenden Erfordernisse vorliegen, d. h. wenn der Dienstverpflichtete zur Vorleistung fertig war und er rechtzeitig und ordnungsmäßig sich zur Erfüllung erboten hatte. Es ist aber auch vermieden, auszusprechen, daß die Dienstleistung alsdann als bewirkt gelte, da durch eine solche Fassung in wenig passender Weise eine Fiktion ausgesprochen werden würde. Angemessener und zugleich einfacher ist es vielmehr, die an die Fiktion sich knüpfenden Folgen hervorzuheben, also zu bestimmen, daß der Dienstverpflichtete eintretenden Falles Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung habe, ohne zur Nachleistung der Dienste verbunden zu sein. Andererseits kann,

Anspruch auf Vergütung ohne Nachleistung der Dienste.

soviel die Erfordernisse des in Rede stehenden Rechtes des Dienstverpflichteten betrifft, dasselbe von den Erfordernissen des Annahmeverzuges des Dienstberechtigten abhängig gemacht werden, da, näher betrachtet, diese Erfordernisse mit den oben angegebenen Erfordernissen zusammenfallen (vergl. § 255). Zudem gewinnt durch diese Bezugnahme auf die Erfordernisse des Annahmeverzuges das Gesetz an Einfachheit und Verständlichkeit.

Die weitere Bestimmung des Satz 2, daß auf das hier fragliche Recht des Dienstverpflichteten, für die Dauer des Verzuges die vertragsmäßige Vergütung zu verlangen, die Vorschriften des § 368 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Anwendung finden sollen, rechtfertigt sich durch die Analogie der Verhältnisse. Aehnliche, zum Theil jedoch abweichende Bestimmungen enthält für die Miethe der § 518 Satz 2, 3. Das aus der entsprechenden Anwendung der bezeichneten Vorschriften sich ergebende Resultat stimmt überdies im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen überein (vergl. l. 19 § 9 D. loc. 19, 2; sächs. G. B. § 1239; hess. Entw. Art. 222, bayr. Entw. Art. 498, dresd. Entw. Art. 625). Doch weichen das sächs. G. B. und der dresd. Entw. a. a. O. von dem Entwurfe darin ab, daß sie dem Dienstberechtigten nicht das Recht beilegen, auf die von ihm zu leistende Vergütung auch den Geldwerth desjenigen Erwerbes in Abzug zu bringen, welchen der Dienstverpflichtete durch die anderweite Verwerthung seines Arbeitsvermögens zu machen böslich unterlassen hat. Umgekehrt gehen der hess. Entw. und der bayr. Entw. a. a. O. über den Standpunkt des vorliegenden Entwurfes hinaus, indem sie dem Dienstverpflichteten das Recht auf die Vergütung insoweit versagen, als ihm ein gleichartiger Verdienst überhaupt zu Gebote stand. Auch gemeinrechtlich wird von denjenigen, welche in den hier fraglichen Fällen den Anspruch des Dienstverpflichteten auf Vergütung als einen Schadensersatzanspruch auffassen, angenommen, daß der Dienstverpflichtete sich auch den Geldwerth desjenigen Erwerbes in Abzug bringen lassen müsse, den er ohne seinen dolus oder ohne Nachlässigkeit hätte machen können, während diejenigen, welche das Bereithalten der Dienste der Erfüllung gleichstellen, von ihrem Standpunkte aus keine Rücksicht darauf nehmen, ob der Dienstverpflichtete seine Arbeitskraft anderweit hätte verwerthen können, und höchstens dann einen Abzug als gerechtfertigt anerkennen, wenn der Dienstverpflichtete etwa aus reiner Chikane die Gelegenheit eines Erwerbes abgewiesen haben sollte. Nach preuß. Rechte kommt in den Fällen, in welchen der Dienstverpflichtete wegen Weigerung der Annahme der Dienste Entschädigung verlangen kann, vom Standpunkte der Entschädigungstheorie aus auch dasjenige in Abzug, was der Dienstverpflichtete durch anderweite Verwerthung seiner Arbeitskraft hätte erwerben können.

Ersparte Aufwendungen,

versäumter Erwerb des Dienstverpflichteten.

§ 562.

Die eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen (vergl. § 237 Abs. 2, § 368 Abs. 1) enthaltende Bestimmung beruht auf sozialpolitischen Rücksichten und auf Gründen der Humanität. Sie kommt insbesondere auch in angemessener Weise den Wehrpflichtigen zu statten, die vorübergehend und nur auf kurze Zeit zum Militärdienste eingezogen werden. Sie hat einen Vorgang in Art. 60 des H. G. B. und im Art. 341 des schweiz. Bd. Ges.,

Vorübergehende Verhinderung des Verpflichteten.

und auch gemeinrechtlich wird (arg. l. 27 pr., l. 24 § 4 i. f. D. loc. 19, 2) vielfach angenommen, daß eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienstleistung in Folge eines in der Person des Dienstverpflichteten eingetretenen Zufalles nicht zu einem Abzuge berechtige. Die Zeit, welche als nicht erheblich zu gelten hat, näher zu bestimmen, ist wegen der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Dienstverhältnisse unausführbar; in dieser Beziehung kann auch ohne Gefahr die Entscheidung dem Richter überlassen werden.

§ 563.

Beendigung des Dienstverhältnisses a) Kündigung; Dieselben Gründe, welche den Entwurf bestimmt haben, bei dem Miethvertrage im Falle der Nichtvereinbarung einer Miethzeit die Lösung des Miethverhältnisses von einer beiden Theilen zustehenden Kündigung abhängig zu machen, lassen sich auch dafür anführen, hinsichtlich des Dienstvertrages eine gleiche Bestimmung zu treffen (vergl. § 522 und die Motive dazu; schweiz. Bd. Ges. Art. 343; hess. Entw. Art. 226, bayr. Entw. Art. 505, dresd. Entw. Art. 629). Daß eine solche Bestimmung unanwendbar ist für die Fälle, in welchen die Dienste, wie der dresd. Entw. Art. 629 sich ausdrückt, zu einem gewissen Zwecke versprochen sind (vergl. auch hess. Entw. Art. 226, bayr. Entw. Art. 505 verb. mit Art. 437; sächs. G. B. § 1234; schweiz. Bd. Ges. Art. 343), braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, da in jenen Fällen eine stillschweigende Vereinbarung der Dienstdauer vorliegt, oft auch ein Werkvertrag anzunehmen sein wird.

Frist. Anlangend die Kündigungsfrist, so ist es allerdings schwer, eine Frist zu finden, die für alle zu würdigenden Verträge gleichmäßig paßt. Das Gesetz muß auf die Bestimmung einer solchen Frist und nicht minder darauf verzichten, durch kasuistische Vorschriften für die kaum zu übersehenden einzelnen Fälle das Angemessene vorzusehen. Dies ist aber auch nicht nöthig; es genügt, da nur eine subsidiäre, in Ermangelung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiberedung und in Ermangelung einer derogirenden speziellen Vorschrift anwendbare Rechtsnorm in Frage steht, die Festsetzung einer einheitlichen Frist, wenn dieselbe nur im Großen und Ganzen als angemessen sich darstellt. Die passendste Frist ist eine Frist von zwei Wochen (vergl. auch hess. Entw. Art. 226, bayr. Entw. Art. 505, dresd. Entw. Art. 629). Jede zusätzliche Vorschrift, namentlich auch eine solche, welche auf die Bemessung der Vergütung nach Zeitperioden u. dergl. Rücksicht nimmt in der Art, daß nur auf das Ende einer solchen Zeitperiode gekündigt werden kann (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 343 Abs. 2), ist bedenklich; denn sie wird stets nur für eine begrenzte Zahl von Verträgen sich als zutreffend erweisen. Von der Festsetzung einer einheitlichen einfachen Frist ist um so weniger ein Nachtheil zu besorgen, als für die meisten und wichtigsten der fraglichen Verträge durch Spezialgesetze Vorsorge getroffen ist oder getroffen werden kann. Dahin gehören insbesondere: die Gesindeverträge, die Dienstverträge der Handelsgehülfen, der Schiffsmannschaft, der Gesellen, der Fabrikarbeiter u. s. w.

b) Ablauf der Dienstzeit 2c. Weitere Vorschriften über die Beendigungsgründe des Dienstverhältnisses sind entbehrlich. Die nach dem Vorbilde des hess. Entw. Art. 218, 224 und des

bayr. Entw. Art. 500 von dem dresd. Entw. Art. 626 aufgenommenen Bestimmungen, daß das Dienstverhältniß endet mit der vollständigen Leistung der Dienste, sowie mit dem Ablaufe der bestimmten Dienstzeit, sind selbstverständlich. Für die Miethe ist allerdings in § 522 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt, daß das Miethverhältniß mit dem Ablaufe der Zeit endigt, auf welche es eingegangen war. Für die Aufnahme dieser Bestimmung ist jedoch die bei dem Dienstvertrage nicht zutreffende Betrachtung maßgebend gewesen, daß bei der Miethe auf bestimmte Zeit die Nothwendigkeit einer Kündigung in Frage kommen könnte (vergl. zu § 522).

Tod 2c. des Verpflichteten.

Verschiedene neuere Gesetzgebungen enthalten ferner die Bestimmung, daß das Dienstverhältniß mit dem Tode des Dienstverpflichteten endige, einige mit dem Zusatze, wenn er die Dienste persönlich zu leisten hatte (vergl. österr. G. B. § 1162; schweiz. Bd. Ges. Art. 347; hess. Entw. Art. 224, bayr. Entw. Art. 500, dresd. Entw. Art. 626). Richtiger ist es, in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze ohne Einschränkung wirken zu lassen. Hat der Dienstverpflichtete in Person zu leisten, so ist im Falle seines Todes die Beendigung des Dienstverhältnisses eine Folge der sich ergebenden objektiven Unmöglichkeit der Leistung (vergl. § 237 Abs. 1, § 368 Abs. 1); verhält es sich anders, so muß der Tod gleichgültig sein (vergl. § 292). Die Aufnahme der Bestimmung, daß das Dienstverhältniß endige, wenn der Dienstverpflichtete die Dienste in Person zu leisten hat, wäre zudem mißlich, weil sie zu der Ansicht verleiten könnte, daß bei dem Dienstvertrage der Dienstverpflichtete regelmäßig nicht in Person zu erfüllen habe (vergl. zu § 559). Derselben Beurtheilung unterliegt die im hess. Entw. Art. 224, im bayr. Entw. Art. 500 und im dresd. Entw. Art. 626 sich findende Vorschrift, daß das Dienstverhältniß auch mit der gänzlichen Dienstunfähigkeit des Dienstverpflichteten endigt, wenn der letztere die Dienste persönlich zu leisten hatte.

des Berechtigten.

Schweigt der Entwurf über den Einfluß des Todes des Dienstverpflichteten auf den Fortbestand des Dienstverhältnisses, so waltet auch kein Grund ob, über die Einwirkung des Todes des Dienstberechtigten eine Bestimmung aufzunehmen, wie dies von dem österr. G. B. § 1162 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 347 freilich geschehen ist. Aus den allgemeinen Grundsätzen ergiebt sich, daß der Tod des Dienstberechtigten nur dann die Beendigung des Dienstverhältnisses zur Folge hat, wenn nach dem Sinne des Vertrages das Recht auf die Leistung der Dienste an die Person des Dienstberechtigten hat geknüpft werden sollen, da in diesem Falle eine objektive Unmöglichkeit der Leistung mit dem Tode des Dienstberechtigten eintritt (vergl. §§ 292, 237 Abs. 1, § 368 Abs. 1). Unter Umständen kann jedoch der Tod des Dienstberechtigten auf Grund des § 566 den Rücktritt vom Vertrage rechtfertigen (vergl. hess. Entw. Art. 225 Z. 2, bayr. Entw. Art. 502 Abs. 2, § 504 Abs. 2).

§ 564.

Zulässige Dauer:

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würden Verträge, durch welche der Dienstverpflichtete sich auf Lebenszeit oder auf eine sonst ungemessene bezw. geräumige Zeit bindet, gültig sein, sofern nicht die Umstände des Falles

die Annahme rechtfertigen, daß der Vertrag auf eine den guten Sitten widersprechende Leistung gerichtet ist oder sein Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, bei welcher Voraussetzung die Nichtigkeit desselben sich ergeben würde und die letztere von beiden Theilen würde geltend gemacht werden können (vergl. §§ 344, 106). Dieses, dem Standpunkte des gemeinen Rechtes entsprechende Ergebniß ist indessen ein wenig befriedigendes. Freilich liegt kein Grund vor, für den Dienstvertrag die Anwendung der §§ 344, 106 irgend zu beschränken. Allein eine besondere Würdigung verdienen solche Dienstverträge, welche zwar auf Grund der angeführten Bestimmungen sich keineswegs als nichtig betrachten lassen, durch welche aber der Dienstverpflichtete vermöge Erstreckung des Dienstverhältnisses auf geräumige Zeit in einer Weise sich gebunden hat, die aus anderen Gründen als wegen Widerspruches mit den guten Sitten und der öffentlichen Ordnung in hohem Grade bedenklich erscheint. Sozialpolitische und volkswirthschaftliche Gründe sind es, welche es verbieten, eine über eine gewisse Zeit hinausgehende dauernde Fesselung zuzulassen. Sie zwingen jedoch keineswegs, Verträge der in Rede stehenden Art für nichtig zu erklären. Von einer solchen Regelung ist um so mehr abzusehen, als sie offensichtlich die empfindlichsten Nachtheile mit sich bringen würde. Jenen Gründen wird in vollem Maße die positive Anordnung gerecht, welche dem Dienstverpflichteten die Befugniß einräumt, nach vorheriger Kündigung für die Zukunft von dem Dienstverhältnisse sich zu befreien.

c) geltendes Recht; Von den neueren Gesetzgebungen hat zuerst der code civil Art. 1780 jenen sozialpolitischen und volkswirthschaftlichen Rücksichten durch die Bestimmung Rechnung zu tragen gesucht, daß man seine Dienste nur auf bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Unternehmung verdingen könne. Auf Grund dieser Bestimmung nimmt die Jurisprudenz an, daß man seine Dienste namentlich nicht auf seine Lebenszeit oder eine ihr muthmaßlich gleichkommende Dauer vermiethen könne und, wenn dies gleichwohl geschehen sein sollte, der Dienstverpflichtete berechtigt sei, zu jeder Zeit unter Einhaltung der ortsüblichen Kündigungsfrist den Vertrag zu kündigen. Bestritten ist jedoch, ob dieses Kündigungsrecht nicht auch dem Dienstberechtigten zusteht. Der dem Art. 1780 des code civil zu Grunde liegende Gedanke hat auch in anderen neueren Gesetzgebungswerken Verwerthung gefunden, indem sie die Bestimmung aufgenommen haben, daß, wenn die Lebenszeit eines der Vertragschließenden oder eines Dritten als Dienstzeit bestimmt worden sei, es dem Dienstverpflichteten gleichwohl freistehen solle, den Vertrag zu jeder Zeit unter Beobachtung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zu kündigen (vergl. sächs. G. B. § 1234; hess. Entw. Art. 227, bayr. Entw. Art. 506, dresd. Entw. Art. 628). Der dresd. Entw. Art. 619 bestimmt daneben, daß eine Vereinbarung, nach welcher für den Dienstvertrag jede Kündigung ausgeschlossen sein solle, nichtig sei. Dem franz. Rechte, wie dasselbe von der Jurisprudenz verstanden wird, kommt am nächsten das schweiz. Bd. Ges. Art. 345, indem dasselbe vorschreibt, daß ein Dienstvertrag, welcher auf die Lebenszeit einer Partei oder auf eine deren Lebensdauer voraussichtlich überschreitende Zeitfrist geschlossen sei, von dem Dienstverpflichteten jederzeit durch sechsmonatige Kündigung ohne Entschädigung gelöst werden könne. Anlangend das preuß. Recht, so enthält dasselbe, ab-

gesehen von der in dem Edikte v. 14. September 1811 § 7 wegen Beförderung der Landeskultur sich findenden Spezialvorschrift, daß Miethverträge des Gutsherrn mit den auf seinem Gute angesiedelten Arbeitern längstens auf einen Zeitraum von 12 Jahren gestattet sind, und abgesehen von einer Vorschrift der Gesindeordnung v. 8. November 1810 § 40, keine hier einschlagenden besonderen Bestimmungen; doch wird auch für das preuß. Recht die Ansicht vertreten, daß der Abschluß eines Dienstvertrages auf Lebenszeit ohne ein dem Dienstverpflichteten eingeräumtes Kündigungsrecht unzulässig und ein solcher Vertrag als ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener zu behandeln sei.

Anlangend die nähere Bezeichnung der der oben gedachten positiven Rechtsnorm zu unterwerfenden Verträge, so kann es nicht zweifelhaft sein, im Einklange mit den erwähnten neueren Gesetzgebungswerken jedenfalls diejenigen Verträge dahin zu zählen, durch welche das Dienstverhältniß auf die Lebenszeit des einen oder anderen Theiles eingegangen ist. Indessen, die Vorschrift auf solche Verträge zu beschränken, ist schon deshalb unzulässig, weil durch Vereinbarung einer mehr oder weniger geräumigen Dienstzeit der Zweck des Gesetzes vereitelt oder doch dessen Anwendbarkeit in zahlreichen Fällen zweifelhaft und streitig werden könnte. Deshalb genügt es auch nicht, den Verträgen auf die Lebenszeit eines der Vertragschließenden die Verträge auf die Lebenszeit eines Dritten oder mit dem franz. Rechte und dem schweiz. Bd. Ges. solche Verträge gleichzustellen, welche auf eine die Lebensdauer der Parteien voraussichtlich überschreitende Zeitfrist geschlossen sind. Vielmehr ist es am zweckmäßigsten, die Bestimmung auf alle Verträge auszudehnen, in welchen eine längere als zehnjährige Dienstzeit bestimmt oder die Dauer des Dienstverhältnisses von der Lebenszeit einer Person abhängig gemacht ist, die Kündigungsbefugniß aber erst nach Ablauf der zehn Jahre einzuräumen und eine angemessene Kündigungsfrist vorzuschreiben (vergl. auch § 523). Die neueren Gesetzgebungswerke geben allerdings bei Dienstverträgen, welche auf die Lebenszeit einer Person bezw. auf eine die Lebensdauer der Parteien voraussichtlich überschreitende Zeitfrist geschlossen sind, dem Dienstverpflichteten das Recht, den Vertrag jederzeit zu kündigen. Vom Standpunkte des Entwurfes aus, welcher die Verabredung einer zehnjährigen Dienstzeit für bindend erklärt, fehlt es jedoch an einem inneren Grunde, in den bezeichneten Fällen dem Dienstverpflichteten vor Ablauf von zehn Jahren das Recht beliebiger Aufkündigung einzuräumen. In Uebereinstimmung mit den neueren Gesetzgebungswerken ist für die hier fraglichen Fälle die Kündigungsfrist auf sechs Monate festgesetzt.

b) Entwurf: Kündigung nach 10 Jahren; Kündigungsfrist.

Die Bestimmung des § 564 paßt nicht nur für solche Dienstverhältnisse, welche die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen. Sie ist nicht minder auch bei anderen Dienstverhältnissen angemessen und aus den Gründen, auf welchen sie beruht, nothwendig. Nur in den Fällen, in welchen der Dienstverpflichtete nicht in Person zu leisten hat, in welchen also die Leistung den Karakter der Fungibilität annimmt und einer Geldleistung verwandt wird, ist die Vorschrift als unzutreffend zu erachten. Auf diese Fälle soll der § 564 deshalb keine Anwendung finden. Durch diesen einschränkenden Zusatz erledigen sich zugleich alle Bedenken,

Ausnahme.

30*

welche daraus hergeleitet werden könnten, daß die Vorschrift des § 564 von Einwirkung auf solche Verträge sein könne, welche die Begründung einer Servitut u. dergl. bezweckten.

§ 565.

Still-schweigende Verlängerung

Die Gründe, welche maßgebend gewesen sind, über die sog. relocatio tacita bei der Miethe Bestimmungen zu treffen (vergl. § 524 und die Motive dazu), gelten in gleichem Maße auch für den Dienstvertrag. Es empfiehlt sich daher nicht, mit dem gemeinen Rechte, dem preuß. A. L. R., dem österr. G. B. und dem code civil in der hier fraglichen Beziehung sich jeder besonderen Bestimmung zu enthalten, zumal die in § 524 für die Miethe getroffenen Bestimmungen über die stillschweigende Erneuerung sich nicht in allen Punkten zu einer analogen Anwendung auf den Dienstvertrag eignen. Wie der Entwurf, haben auch das sächs. G. B. § 1234, das schweiz. Bd. Ges. Art. 342, der hess. Entw. Art. 228, der bayr. Entw. Art. 507 und der dresd. Entw. Art. 627 die stillschweigende Erneuerung des Dienstvertrages, zum Theil allerdings in abweichender Art, näher geregelt. Von dem Entwurfe und den übrigen Gesetzgebungswerken weichen das sächs. G. B. und das schweiz. Bd. Ges. namentlich darin ab, daß sie, wenn die Voraussetzungen der stillschweigenden Erneuerung vorliegen, den Vertrag als auf die frühere Dienstzeit erneuert ansehen, das schweiz. Bd. Ges. jedoch mit der Einschränkung, daß, wenn die festgesetzte Dienstzeit länger war als ein Jahr, die Erneuerung nur für ein Jahr gelten soll. Ein genügender Grund, in dieser Hinsicht bei dem Dienstvertrage von einem anderen Prinzipe auszugehen als bei der Miethe, liegt nicht vor. Auch darin schließt der § 565 sich den Vorschriften des § 524 über die Miethe an, daß er — im Gegensatze zu dem schweiz. Bd. Ges. und dem dresd. Entw. — die Anwendung der Bestimmungen über die stillschweigende Erneuerung des Dienstvertrages nicht davon abhängig macht, daß eine bestimmte Dienstzeit festgesetzt war, sondern daß er dieselben auch auf den Fall erstreckt, in welchem der Dienstvertrag durch Kündigung beendigt worden ist. Dagegen paßt für den Dienstvertrag nicht die Bestimmung des § 524 über die zweiwöchige Widerspruchsfrist; die Verschiedenheit und Mannigfaltigkeit der zu berücksichtigenden Dienstverträge verbietet es, einer zweiwöchigen oder auch einer anderen festen Frist eine solche entscheidende Bedeutung beizulegen. Es bleibt daher nur übrig, im Einklange mit den angeführten Gesetzgebungswerken die Voraussetzung dahin zu bestimmen, daß die Dienstleistung mit Wissen und ohne Widerspruch des Dienstberechtigten fortgesetzt sei.

auf unbestimmte Zeit.

§ 566.

Rücktrittsrecht beider Theile

Für den Dienstvertrag sind besondere Vorschriften nöthig, welche — in Abweichung von den für die Verträge geltenden allgemeinen Grundsätzen (vergl. §§ 360, 361, 369) — beiden Theilen das Recht verleihen, noch vor Ablauf der Dienstzeit von dem Vertrage unter gewissen Voraussetzungen für die Zukunft sich loszusagen. Ein solches Recht muß ihnen zustehen nicht allein

in dem Falle, wenn der andere Theil seine Vertragspflichten verletzt oder nur mangelhaft erfüllt, sondern auch, wenn ohne eine solche Pflichtversäumniß eine wesentliche Aenderung der bei Eingehung des Vertrages muthmaßlich gewürdigten Umstände eintritt. Die Nothwendigkeit eines solchen Rücktrittsrechtes ergiebt sich zur Genüge aus den modernen Kodifikationen, welche fast ausnahmslos — ebenso wie die neuere gemeinrechtliche Doktrin und Praxis — in größerer oder geringerer Beschränkung das fragliche Recht anerkennen (vergl. l. 22 Cod. de loc. et cond. 4, 65 — Entsch. d. R. G. bei Seuffert XXXVII, 109 —; preuß. A. L. R. I, 11 § 878, I, 5 §§ 408, 410, I, 5 §§ 377 ff.; österr. G. B. § 1160; code civil Art. 1184, 1135 und dazu Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 26; sächs. G. B. §§ 1241, 1242; schweiz. Bd. Ges. Art. 346; hess. Entw. Art. 224, 225, bayr. Entw. Art. 501—504, dresd. Entw. Art. 630, 631).

Den größten Schwierigkeiten unterliegt aber die nähere Bestimmung der Gründe, welche zu dem Rücktritte von dem Vertrage berechtigen sollen. Die Verträge, auf welche Rücksicht zu nehmen ist, sind so verschiedener Art, daß eine erschöpfende Aufstellung der einzelnen Gründe oder auch nur die Hervorhebung einiger Beispiele sich nicht als ausführbar erweist. Das Eine wie das Andere ist mit Aussicht auf Erfolg nur möglich, wenn die Regelung auf gewisse Arten von Verträgen beschränkt, folglich in den Bereich der einschlagenden Spezialgesetze eingegriffen würde. Einen sprechenden Beweis hierfür liefern die Art. 501—503 des bayr. Entw. und die Art. 630 und 631 des dresd. Entw. Die darin enthaltenen Einzelheiten passen sichtbar nicht für alle Arten von Dienstverträgen und überwiegend nur für solche, welche der Regelung durch Spezialgesetze anheimfallen. Das Gesetz hat sich an der vorliegenden Stelle, wo der Dienstvertrag im Allgemeinen geregelt wird, darauf zu beschränken, das Prinzip auszusprechen, daß wichtige Gründe das fragliche Recht verleihen (vergl. auch § 598 Abs. 3, §§ 625, 648 Abs. 2, 3). Welche Gründe als wichtige anzusehen sind, darf der richterlichen Würdigung überlassen werden. Es kann darauf vertraut werden, daß hieraus besondere Uebelstände nicht entspringen werden. Auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 346 hat diesen Weg betreten, für welchen überdies der Standpunkt des gemeinen Rechtes (l. 22 Cod. de loc. et cond. 4, 65; Entsch. d. R. G. bei Seuffert XXXVII, 109) und der Vorgang des Art. 62 des H. G. B. sich geltend machen läßt. Das schweiz. Bd. Ges. Art. 346 und der Art. 62 des H. G. B. fügen hinzu, daß das Ermessen des Richters darüber zu entscheiden habe, ob ein den Rücktritt rechtfertigender wichtiger Grund vorliege. Die Aufnahme einer solchen Bestimmung ist jedoch mißlich; denn sie schließt, wie die an die Fassung des Art. 62 des H. G. B. sich knüpfenden Streitfragen beweisen, das Verständniß nicht aus, daß ein Lossagen von dem Vertrage ein Urtheil voraussetze, welches den Grund als wichtig anerkenne, daß also der Richter die Aufhebung des Vertrages auszusprechen habe. Darin würde aber eine sachwidrige Beschränkung des Rechtes liegen. Soll die Bestimmung dagegen nur die Bedeutung haben, daß die Entscheidung, ob der Grund ein wichtiger ist, im Streitfalle der nachträglichen Prüfung des Richters anheimfällt, so ist sie selbstverständlich und entbehrlich.

aus wichtigen Gründen;

richterliche Würdigung.

Schadensersatz bei vertragswidrigem Verhalten.

Die weitere Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 beruht auf der Erwägung, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze es erheischen, demjenigen Theile, welcher durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zur Auflösung des Dienstvertrages herbeigeführt hat, die Pflicht zum Schadensersatze aufzuerlegen, wie dies auch im Art. 346 des schweiz. Bd. Ges. geschehen und bei den Berathungen des dresd. Entw. als Konsequenz allgemeiner Grundsätze anerkannt ist (vergl. ferner preuß. A. L. R. I, 11 § 878, I, 5 §§ 408, 410; bayr. Entw. Art. 503 Abs. 2 und 3). Es liegt darin kein Widerspruch mit der Bestimmung des § 369, da die letztere auf einen besonderen, eine abweichende Beurtheilung zulassenden Fall sich bezieht. Der Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 die Beschränkung beizufügen, daß der Schadensersatz bei einem auf Zeit geschlossenen Vertrage nur für die Zeit bis zu einer nach den Vorschriften des § 563 herbeizuführenden Beendigung des Vertragsverhältnisses zu berechnen sei (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 878 verb. mit I, 5 §§ 408, 410), oder eine Beschränkung ähnlicher Art (vergl. bayr. Entw. Art. 503 Abs. 2 und 3), ist nicht als angemessen erachtet, weil eine derartige zusätzliche Vorschrift in nicht zulässiger Weise ein allgemeines, die strenge Durchführung erforderndes Prinzip modifiziren würde.

Mit Rücksicht auf das in § 566 ausgesprochene Prinzip können die in verschiedenen Gesetzgebungswerken besonders hervorgehobenen und geregelten Fälle, wenn der Vertrag von dem Dienstverpflichteten oder von dem Dienstberechtigten nicht zur gehörigen Zeit erfüllt wird (vergl. sächs. G. B. § 1233 verb. mit §§ 1192, 865 und § 1242; hess. Entw. Art. 216, 225 Ziff. 1, bayr. Entw. Art. 497, 503 Ziff. 2, dresd. Entw. Art. 621, 631), übergangen werden. Für beide Fälle genügt das gedachte Prinzip; andererseits liegt kein Grund vor, die Anwendbarkeit des letzteren in dem einen oder anderen Falle auszuschließen oder zu beschränken.

Ueber den Einfluß des Konkurses vergl. § 19 der Konk. O.

Anwendung der Vorschriften über vorbehalt. Rücktritt.

Die Vorschrift des Abs. 2 rechtfertigt sich durch die gleichen Erwägungen, auf welchen die Vorschriften der §§ 426, 427 beruhen (vergl. auch §§ 369, 530).

II. Werkvertrag.

§ 567.

Begriff.

Herstellung oder Aenderung einer Sache.

Der § 567 und die nachfolgenden §§ 568—578 regeln, wie der Inhalt der letzteren und eine Vergleichung mit § 579 ergiebt, zunächst nur den Vertrag, welcher die Herstellung oder Aenderung einer Sache zum Gegenstande hat. Der § 579 erstreckt aber den Begriff des Werkvertrages auch auf solche Verträge, welche einen anderweiten durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstande haben, indem er bestimmt, daß die §§ 567—578 mit einigen Modifikationen auch auf diese Verträge entsprechende Anwendung finden sollen (vergl. Motive zu § 579).

Der § 567 schließt sich unter Berücksichtigung des Unterschiedes zwischen dem Dienstvertrage und dem Werkvertrage der für den Dienstvertrag getroffenen

Bestimmung des § 559 an. Worin nach dem Entwurfe das wesentliche Unterschied v. Dienst- vertrage,
Merkmal beider Verträge zu finden ist und wodurch der eine Vertrag von dem anderen sich unterscheidet, ergiebt die Vergleichung beider Paragraphen mit voller Klarheit. Gegenstand des Dienstvertrages sind die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche, Gegenstand des Werkvertrages ist das Werk (im engeren oder weiteren Sinne) oder das Erzeugniß der Dienste oder der Arbeit. Bei dem Dienstvertrage wird für die Arbeit als solche, bei dem Werkvertrage für das Arbeitsprodukt die Vergütung versprochen. In dieser Weise unterscheidet nach der in Doktrin und Praxis vorherrschend vertretenen Auffassung auch das gemeine Recht zwischen dem Dienstvertrage und dem Werkvertrage (vergl. Entsch. d. R. G. bei Fenner und Mecke II, 248). Dieselbe Unterscheidung liegt den neueren Gesetzgebungswerken zu Grunde (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 869 verb. mit I, 11 § 925 und dazu Entsch. d. R. G. in Civils. X, 55, Urth. d. R. G. bei Gruchot XXVII S. 925; österr. G. B. § 1151; code civil Art. 1710, 1711, 1779, 1787; sächs. G. B. § 1229 verb. mit § 1243; schweiz. Bd. Ges. Art. 338 verb. mit Art. 350; hess. Entw. Art. 208, 209, bayr. Entw. Art. 484 verb. mit Art. 511, dresd. Entw. Art. 614 verb. mit Art. 634). Für das preuß. Recht wird allerdings — hinsichtlich der Vergütung.
abweichend vom gemeinen Rechte und den übrigen neueren Gesetzgebungswerken (vergl. l. 51 § 1 D. loc. 19, 2; österr. G. B. § 1156; code civil Art. 1791; sächs. G. B. § 1246; schweiz. Bd. Ges. Art. 363 Abs. 2; hess. Entw. Art. 210 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 511, dresd. Entw. Art. 637) — unter Bezugnahme auf A. L. R. I, 11 § 925 vielfach (vergl. die Urtheile d. Ob. Trib. bei Gruchot XIII S. 23 ff., 10 Anm. 1; Urth. d. R. G. das. XXV S. 729) die Ansicht vertreten, daß es für den Begriff des Werkvertrages im Gegensatze zum Dienstvertrage außerdem wesentlich sei, daß für das fertige Werk als ein Ganzes eine Vergütung in Pausch und Bogen, in ungetrennter Summe, bedungen werde; doch hat in Uebereinstimmung mit dem Reichsoberhandelsgerichte (Entsch. d. R. O. H. G. XV, 72 S. 259) das Reichsgericht neuerdings sich gegen diese Ansicht erklärt (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. X, 55, XI, 58; Urth. d. R. G. bei Gruchot XXVII S. 925). Der Entwurf hat eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Lohn für die Werkausführung im Ganzen oder nach Theilen (nach Maß, Zahl, Gewicht, Zeit) bestimmt sein könne (vergl. dresd. Entw. Art. 637, bayr. Entw. Art. 511), um so weniger für erforderlich gehalten, als der § 573 Abs. 2 in dieser Beziehung, wenigstens für solche Fälle, in denen die Gegenleistung nach Theilen des ganzen Werkes bestimmt ist, einen Zweifel nicht aufkommen läßt. Nur das Bedenken könnte erhoben werden, ob nicht in dem § 573 auch der Fall vorzusehen sei, wenn vereinbart worden ist, daß die Gegenleistung nach Zeitabschnitten entrichtet werden solle. Indessen erscheint eine solche Vorsorge entbehrlich, da begrifflich auch in einem solchen Falle die Annahme eines Werkvertrages nicht ausgeschlossen ist. Freilich wird ein solcher Fall stets zur näheren Prüfung Anlaß geben, ob nicht der Vertrag als Dienstvertrag zu betrachten ist.

Auch in manchen anderen Fällen wird, wenngleich nach Obigem der Gemischte Verträge.
begriffliche Unterschied zwischen dem Dienstvertrage und dem Werkvertrage aus dem Gesetze mit genügender Deutlichkeit erhellt, trotzdem thatsächlich zweifelhaft

bleiben, wie der vorliegende Vertrag zu verstehen ist. Darin liegt ein erheblicher, aber nicht zu beseitigender Uebelstand. Man darf indessen darauf vertrauen, daß bei verständiger Würdigung aller Umstände die richtige Entscheidung nicht verfehlt werden kann. Der konkrete Vertrag kann übrigens auch ein gemischter sein, nämlich einmal für das Werk und daneben für die Arbeiten eine Vergütung zugesichert sein; möglicherweise kann aber auch in der auf die Vergütung der Arbeit sich beziehenden Vereinbarung eine Uebereinkunft sich verstecken, durch welche der Besteller sich nur zu einer Vorschußleistung auf die für das Werk zugesicherte Vergütung verpflichtet hat. Es ist jedoch nicht die Aufgabe des Gesetzes, durch kasuistische Vorschriften für diese und ähnliche Fälle besondere Vorsorge zu treffen.

Im Einzelnen wird zur Rechtfertigung der Bestimmungen des § 567 auf die Motive zu den entsprechenden Bestimmungen des § 559 Bezug genommen. Daß es für die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Werkvertrag gleichgültig ist, ob die zur Herstellung des Werkes erforderlichen Arbeiten in sog. operae liberales oder illiberales bestehen (vergl. sächs. G. B. § 1243 Satz 2 verb. mit § 1230; dresd. Entw. Art. 636 verb. mit Art. 615), bedarf keines besonderen Ausdruckes, da es sich zur Genüge aus der allgemeinen Fassung der §§ 567, 579 ergiebt und zudem im Hinblicke auf die Bestimmung des § 559 Abs. 1 Satz 2 nicht zweifelhaft sein kann.

Art der Arbeiten,

Zeit, Art der Ausführung.

Ueber die Zeit der Herstellung des Werkes, über die Art der Ausführung desselben, über die Frage, wer die mit der Ausführung verbundenen Kosten zu tragen und die zur Herstellung erforderlichen Werk- und Fahrzeuge zu stellen hat, über die Pflicht des Uebernehmers, die ihm von dem Besteller zum Zwecke der Ausführung des Werkes übergebenen Geräthe u. s. w. mit der erforderlichen Sorgfalt zu bewahren und demnächst dem Besteller zurückzugeben, ferner über die Art der Vergütung und die Bestimmung der Größe der letzteren sind nähere Bestimmungen, wie solche in einzelnen neueren Gesetzgebungswerken sich finden (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 932—935; sächs. G. B. § 1244 Satz 1, § 1243 Satz 2 verb. mit den §§ 1231, 1233, 1237, 1240; schweiz. Bd. Ges. Art. 352 Abs. 2, 353, 365; hess. Entw. Art. 210 Abs. 1, 214, 230 Satz 1, bayr. Entw. Art. 514, dresd. Entw. Art. 636 verb. mit Art. 616 Satz 1, 617, 621—623), nicht aufgenommen, und zwar aus ähnlichen Gründen, wie diejenigen, welche dazu geführt haben, auch bei dem Dienstvertrage von der Aufnahme derartiger besonderer Vorschriften abzusehen.

Art, Größe der Vergütung.

Ausführung durch den Uebernehmer in Person;

Die meisten neueren Gesetzgebungswerke enthalten ferner Bestimmungen darüber, ob und inwieweit der Uebernehmer verpflichtet ist, das Werk in Person auszuführen oder doch unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen. Nach preuß. Rechte (A. L. R. I, 11 §§ 928, 929) gehört es zum Wesen des Werkvertrages, daß der Uebernehmer des Werkes verbunden ist, dasselbe durch seine eigene Thätigkeit, wenn auch unter Zuziehung von Gehülfen, auszuführen; doch wird in Theorie und Praxis die Ansicht vertreten, daß es genüge, wenn nur die Plangebung und die obere Leitung von dem Uebernehmer ausgehe. Kommt nach Inhalt des Vertrages die eigene Thätigkeit des Uebernehmers überhaupt nicht in Betracht, so sind, sofern nicht ein nach dem A. L. R. I, 11 §§ 981 ff. bezw. nach dem Art. 338 des H. G. B. zu

beurtheilender Lieferungsvertrag vorliegt, nach einer Ansicht die allgemeinen Bestimmungen für Verträge über Handlungen maßgebend, während Andere auch auf solche Entreprisеverträge die besonderen Bestimmungen über den Werkvertrag analog zur Anwendung bringen wollen (vergl. Entsch. d. R. G. bei Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsr. XXVI S. 527 ff., und bei Gruchot XXV S. 988). In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte betrachten dagegen die meisten neueren Gesetzgebungswerke es nicht als wesentlich, daß der Uebernehmer verpflichtet sei, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen; doch stellen sie dies als die Regel hin, welche nur dann keine Anwendung findet, wenn sich aus dem Inhalte des Vertrages oder aus den Umständen ergiebt, daß bei Schließung des Vertrages auf die Person des Uebernehmers keine besondere Rücksicht genommen worden ist (vergl. sächs. B. G. § 1243 Satz 2 verb. mit § 1232; schweiz. Bd. Ges. Art. 351; hess. Entw. Art. 211, 212, bayr. Entw. Art. 512, 513, dresd. Entw. Art. 638). Auch in dem Entwurfe ist davon ausgegangen, daß die persönliche Mitwirkung des Uebernehmers bei Herstellung des übernommenen Werkes nicht zum Wesen des Werkvertrages gehört. Wie bei dem Dienstvertrage, ist es aber auch hier aus den gleichen Gründen als angemessener erachtet, die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit der Uebernehmer verpflichtet ist, das Werk in Person auszuführen oder doch unter seiner persönlichen Leitung ausführen zu lassen, lediglich von der Würdigung der Umstände des einzelnen Falles abhängig zu machen und deshalb in der hier fraglichen Beziehung jeder dispositiven Rechtsnorm oder Auslegungsregel sich zu enthalten. Die Aufnahme einer derartigen Regel, wie sie in den angeführten Gesetzbüchern sich findet, ist um so bedenklicher, als sie zu einer irrigen Beurtheilung der Leistungspflicht bei dem Dienstvertrage verleiten könnte (vergl. zu § 559).

Haftung für Gehülfen.

Daß der Uebernehmer, welcher sich zur Herstellung des Werkes anderer Personen bedient, in Ansehung der Erfüllung wegen des Verschuldens derselben haftet, ergiebt der § 224 Abs. 2. Inwiefern er außerdem für die von denselben in Ausführung ihrer Verrichtungen begangenen unerlaubten Handlungen verantwortlich ist, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen (vergl. die §§ 711—713).

Anwendung auf unentgeltliche Verträge.

Wegen der Frage, ob und inwieweit die Vorschriften der §§ 567 ff. auch auf den Vertrag anwendbar sind, durch welchen die Herstellung eines Werkes ohne eine von dem Besteller zu leistende Vergütung versprochen wird, sind die Ausführungen zu § 559 zu vergleichen, wo die gleiche Frage für den Dienstvertrag erörtert ist.

Untersch. v. Auftrage

Anlangend den Unterschied zwischen dem Werkvertrage und dem Auftragsvertrage, so kommen in dieser Beziehung dieselben Gesichtspunkte in Betracht, wie bei dem Unterschiede zwischen dem Dienstvertrage und dem Auftragsvertrage (vergl. zu §§ 585, 586).

In Ansehung der Terminologie ist der Entwurf theils dem sächs. G. B. theils dem schweiz. Bd. Ges. gefolgt.

§ 568.

Rechtsnatur des Vertrages bei: a) Beschaffung des Stoffes durch den Uebernehmer;

Der § 568 betrifft die Frage, ob in den im praktischen Leben nicht selten vorkommenden Fällen, in welchen ein Werk aus dem von dem Uebernehmer selbst zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, der Vertrag als Kauf- bezw. Tauschvertrag oder als Werkvertrag zu gelten hat. Die bestehenden Rechte sowie die Entwürfe nehmen in dieser Beziehung einen verschiedenen Standpunkt ein. Die einen legen das größere Gewicht darauf, daß in diesen Fällen die Lieferung des Werkes eine Veräußerung von Seiten des Uebernehmers enthalte, und bestimmen deshalb, daß auf einen solchen Vertrag die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung finden. Andere beurtheilen dagegen den Vertrag als Werkvertrag, davon ausgehend, daß auch in diesen Fällen ein facere des Uebernehmers, die Herstellung eines Arbeitsproduktes, den Hauptgegenstand des Vertrages bilde.

geltendes Recht.

Zu der ersten Gruppe gehören das gemeine Recht, wenigstens nach der in Theorie und Praxis vorwiegend vertretenen Auffassung (vergl. § 4 J. de loc. et cond. 3, 24; l. 2 § 1 D. loc. 19, 2; l. 20, l. 65 D. de contr. emt. 18, 1; Entsch. d. R. G. in Civils. I, 29; Seuffert XLII, 111), ferner das sächs. G. B. § 1244, der hess. Entw. Art. 231 und der dresd. Entw. Art. 635. Ob auch das franz. Recht dieser Gruppe beizuzählen, ist zweifelhaft. Die betreffenden Bestimmungen des code civil Art. 1711 und 1787 haben eine verschiedene Auslegung erfahren. Nach der einen Ansicht ist, wenn der Uebernehmer des Werkes den Stoff liefert, der Vertrag bald als Kauf-, bald als Werkvertrag anzusehen, je nachdem nach der Intention der Parteien die fertige Sache oder die Thätigkeit des Arbeiters als die Hauptsache erscheint. Andere erklären dagegen die Lieferung des Stoffes von Seiten des Bestellers als wesentlich für den Begriff des Werkvertrages und nehmen in dem Falle, in welchem der Uebernehmer sich zur Beschaffung des Stoffes verpflichtet hat, ein Kaufgeschäft an. Dieser letzteren Ansicht sind die badische Praxis und die Praxis des R. O. H. G. gefolgt (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XIII, 135 S. 424, XIX, 77). Dagegen verliert nach preuß. Rechte der auf Herstellung eines Werkes gerichtete Vertrag dadurch nicht den Karakter des Werkvertrages, daß der Werkmeister den zur Ausführung des Werkes nöthigen Stoff zu liefern übernommen hat (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 926, 956 ff., 973 ff.). Der Unterschied zwischen Werkvertrag und Kauf bezw. einem nach den §§ 981 ff. I, 11 des preuß. A. L. R. zu beurtheilenden Lieferungsvertrage liegt vielmehr darin, daß bei dem Werkvertrage der Uebernehmer sich zur Herstellung einer Arbeit verpflichtet, mithin die auf Anfertigung der zu liefernden Sache zu verwendende Arbeitsthätigkeit des Uebernehmers den Gegenstand des Vertrages bildet (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 11 § 928), während ein Kauf- bezw. ein Lieferungsvertrag dann vorliegt, wenn der Uebernehmer sich blos zur Verschaffung einer Sache in der Art verpflichtet, daß es nicht in Betracht kommt, ob er „Selbstgefertigtes oder von Dritten Erworbenes liefert". Soweit es sich jedoch um die Lieferung vertretbarer Sachen auf Grund eines Handelsgeschäftes handelt, ist auch in den Gebieten des preuß. Rechtes nach Art. 338 des H. G. B. das Geschäft stets als Kauf zu behandeln, auch wenn dabei die Anfertigung durch

den Lieferanten selbst beabsichtigt sein sollte (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. II, 68 S. 290 ff., VI, 9; Entsch. d. R. G. bei Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsr. XXVI S. 527 ff., und bei Gruchot XXV S. 988 ff.). Auf dem Boden des preuß. Rechtes stehen auch der bayr. Entw. (vergl. die Art. 511, 512, 521, 526—528, 533, die Motive zu Art. 511) und das schweiz. Bd. Ges. (Art. 350, 352 Abs. 1), indem sie ebenfalls, soviel die rechtliche Natur des auf Herstellung eines Werkes gerichteten Vertrages betrifft, nicht unterscheiden, ob der Besteller oder der Uebernehmer den Stoff geliefert hat. Einen Mittelweg hat das österr. G. B. § 1158 eingeschlagen. Hat der Besteller den Stoff geliefert, so soll im Zweifel ein Werkvertrag, hat der Uebernehmer den Stoff geliefert, im Zweifel ein Kauf vermuthet werden.

Entwurf: Wie schon die vorstehende Uebersicht des bestehenden Rechtes zeigt, kann man bei der Entscheidung, ob in den Fällen, in welchen ein Werk aus einem von dem Uebernehmer selbst zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, der Vertrag als Kauf- bezw. Tauschvertrag oder als Werkvertrag zu gelten hat, einen verschiedenen Standpunkt einnehmen. Man kann davon ausgehen, daß, da nach dem Inhalte des Vertrages der Uebernehmer verpflichtet sei, dem Besteller eine diesem nicht gehörende Sache zu übergeben und deren Eigenthum zu verschaffen, für die juristische Würdigung nur die Annahme eines als Kauf- oder Tauschvertrag sich darstellenden Veräußerungsvertrages übrig bleibe (vergl. §§ 459, 502). Es läßt sich indessen auch die Auffassung vertreten, daß die Entscheidung, ob ein Kauf- bezw. Tauschvertrag oder ein Werkvertrag vorliege, von der in jedem einzelnen Falle zu ermittelnden Parteiintention abhänge. Wenn nämlich bei der Eingehung des Vertrages das Hauptgewicht darauf gelegt worden, daß der Uebernehmer selbst das Werk herzustellen oder mindestens persönlich die Herstellung zu leiten habe, das facere des Uebernehmers sich demnach als der Hauptgegenstand des Vertrages herausstelle, so müsse nach diesem Hauptgegenstande sich auch das juristische Wesen des Geschäftes bestimmen, der Vertrag mithin als Werkvertrag beurtheilt werden; die Lieferung des Stoffes von Seiten des Uebernehmers nöthige um so weniger zu einer anderen Beurtheilung, als die auf diese Lieferung gerichtete Vereinbarung als ein auf den Verkauf des Rohstoffes sich beziehender Nebenvertrag aufgefaßt werden könne. Dieser zweiten Auffassung würde es am meisten entsprechen, sich jeder Bestimmung, wie die fraglichen Verträge zu beurtheilen sind, zu enthalten. Dies ist jedoch nicht angänglich. Bei der Häufigkeit dieser Verträge und bei der großen Verschiedenheit der Rechtsfolgen, je nachdem man für die eine oder andere Auffassung sich entscheidet, muß das Gesetz Auskunft darüber geben, welche Rechtsnormen Anwendung finden, um so mehr als, wie die Erfahrung lehrt, die Intention der Parteien oft nur schwer zu ermitteln ist.

Anwendung der Kaufvorschriften In dem Entwurfe ist der ersten Auffassung der Vorzug gegeben, jedoch nur insofern, als bis zum Nachweise einer abweichenden Vereinbarung der Parteien ein gewöhnlicher Veräußerungsvertrag angenommen werden soll. Einer Vorschrift, welche sich für die Auffassung des hier in Rede stehenden Vertrages als eines Kauf- bezw. Tauschvertrages entscheidet, darf nur der Karakter einer dispositiven Rechtsnorm beigelegt werden. mangels anderer Vereinbarung. Den Parteien muß mit Rücksicht auf die verschiedenen möglichen Auffassungen des in Rede stehenden Vertrages kraft der Autonomie gestattet sein, den Rechtsnormen über den Werkvertrag in

beliebigem Umfange sich zu unterwerfen. Um in dieser Beziehung jeden Zweifel auszuschließen und der Auffassung entgegenzutreten, als bezwecke die Vorschrift des Abs. 1 einen durch die Rechtslogik gebotenen Grundsatz auszusprechen, welcher einer entgegenstehenden Parteiberedung nicht weiche, ist der Karakter der Vorschrift als einer nur dispositiven besonders erkennbar gemacht. Die Vorschrift ist übrigens unverkennbar nur in den Fällen zur Anwendung geeignet, in welchen der Uebernehmer das Werk zu verschaffen oder zu liefern hat, namentlich also nicht in den — wenn auch seltenen, doch immerhin denkbaren — Fällen, in welchen er selbst Eigenthümer desselben bleiben oder doch der Besteller das Eigenthum nicht erwerben soll (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. XIII, 49). Durch die Worte im Eingange des Abs. 1: „und dem Besteller zu liefern" wird auf diese Beschränkung mit genügender Deutlichkeit hingewiesen.

Ausnahmen bei Lieferung von Nebensachen 2c.,

Aus dem Grundsatze, daß sich das juristische Wesen eines Vertrages nach dem Hauptgegenstande desselben bestimmt, folgt, daß das Wesen des Vertrages als eines Werkvertrages dadurch nicht geändert wird, daß der Uebernehmer nur Nebensachen oder Zuthaten liefert. In vielen Fällen der Art erwirbt zudem der Besteller das Eigenthum an solchen Nebensachen oder Zuthaten nicht, wie dies bei einem Veräußerungsvertrage der Fall ist, durch Eigenthumsübertragungsvertrag, sondern schon vor der Ablieferung des Werkes kraft ihrer Verbindung mit der Hauptsache des Bestellers (vergl. § 891 Abs. 2, § 782). Nach dem Vorbilde des dresd. Entw. Art. 635 Abs. 2 ist indessen die Aufnahme der auch dem gemeinen Rechte, dem sächs. Rechte und dem hess. Entw. Art. 231 entsprechenden Bestimmung, daß die Vorschriften über den Werkvertrag anwendbar bleiben, wenn der Uebernehmer sich nur zur Beschaffung von Zuthaten oder Nebensachen verpflichtet hat, als angemessen erachtet.

bei Herstellung eines Bauwerkes

Rathsam ist es ferner, im Anschlusse an das gemeine Recht (vergl. l. 20 D. de contr. emt. 18,1; l. 22 § 2 D. loc. 19,2; Entsch. d. R. G. in Civils. XIII, 49; Seuffert XLII, 111), an das sächs. G. B. § 1244, den hess. Entw. Art. 231 und den dresd. Entw. Art. 635 Abs. 2 ausdrücklich auszusprechen, daß die Vorschriften über den Werkvertrag auch dann anwendbar bleiben, wenn aus dem von dem Uebernehmer zu beschaffenden Stoffe ein Bauwerk auf dem von dem Besteller zu beschaffenden Grund und Boden herzustellen ist, obwohl dieser Rechtssatz sich schon daraus herleiten läßt, daß nach den sachenrechtlichen Grundsätzen der Grund und Boden in dem Verhältnisse zu dem Bauwerke die Hauptsache ist und das Eigenthum an den von dem Uebernehmer gelieferten Baumaterialien schon durch ihre Verbindung mit dem Grundstücke — also nicht durch Eigenthumsübertragungsvertrag — auf den Eigenthümer des Grund und Bodens übergeht (vergl. die §§ 890, 783).

auf dem Grundstücke des Bestellers 2c.

Gleichgültig ist, ob der von dem Besteller beschaffte Grund und Boden dem Besteller selbst oder einem Dritten gehört. Wesentlich ist nur, daß er nicht dem Uebernehmer gehört, indem anderenfalls die Bestimmung des Abs. 1 anwendbar werden würde.

b) Beschaffung des Stoffes durch den Besteller,

Während nach Obigem, auch wenn der Uebernehmer sich verpflichtet hat, aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe das Werk herzustellen, trotzdem nach dem konkreten Inhalte des Vertrages ein Werkvertrag vorliegen

kann, ist umgekehrt, wenn der Besteller den Stoff beschafft hat, ohne denselben an den Uebernehmer veräußert zu haben, die Annahme eines Kaufvertrages ausgeschlossen und der Vertrag stets nach den Grundsätzen des Werkvertrages zu beurtheilen, da die Annahme eines Kaufes in einem solchen Falle sich mit dem Wesen des Kaufvertrages (§ 459) schlechthin nicht verträgt und zu der Konsequenz nöthigen würde, in jedem Dienst- und Werkvertrage einen Kaufvertrag zu finden, dessen Gegenstand Dienstleistung oder Arbeit wäre.

bei gestattetem Ersatze durch einen anderen Stoff.

In Anlehnung an einige Stellen des röm. Rechtes (vergl. l. 31 D. loc. 19, 2, l. 34 pr. D. de auro 34, 2) enthalten das sächs. G. B. § 1244 und der dresd. Entw. Art. 635 Abs. 2 noch besondere Bestimmungen für den Fall, wenn dem Uebernehmer zwar der Stoff geliefert, jedoch gestattet ist, den letzteren durch einen anderen zu ersetzen. Gemeinrechtlich ist bestritten, welche rechtliche Natur in diesem Falle der Vertrag hat, ob derselbe als Werkvertrag oder als eine Mischung von Werk- und Tauschvertrag anzusehen ist, ferner, welchen Einfluß eine solche Vereinbarung auf den Uebergang des Eigenthumes und der Gefahr in Ansehung der von dem Besteller dem Uebernehmer zur Ausführung des Werkes übergebenen Sachen äußert. Das sächs. G. B. § 1244 und der dresd. Entw. Art. 635 Abs. 2 entscheiden die gemeinrechtlichen Streitfragen dahin, daß auch in jenem Falle ein Werkvertrag anzunehmen sei und das Eigenthum an den dem Uebernehmer übergebenen Sachen auf denselben erst dann übergehe, wenn er zu der Ausführung des Werkes anderen Stoff verwende. Der dresd. Entw. a. a. O. läßt aber die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung jener Sachen trotzdem sofort mit deren Uebergabe an den Uebernehmer auf den letzteren übergehen. Der vorliegende Entwurf hat sich für die Uebergehung des in Rede stehenden Falles entschieden. Ist dem Uebernehmer der Stoff mit der gedachten Vereinbarung geliefert, so wird häufig der dem Uebernehmer gelieferte Stoff als veräußert anzusehen und folgerecht, betreffend die Werklieferung, auch das Werk als verkauft zu betrachten sein. Jener Vereinbarung kann indessen auch eine mehr nebensächliche Bedeutung, nämlich die Bedeutung beiwohnen, daß die Ersatzberechtigung des Uebernehmers nur dann, wenn davon Gebrauch gemacht wird, wirksam werden, in den Eigenthumsverhältnissen und in der Tragung der Gefahr mithin erst dann eine Aenderung eintreten soll, wenn der Uebernehmer über den empfangenen Stoff anderweit verfügt. Eine solche, als Regel nicht vorausgesetzte Verfügung muß auf das juristische Wesen des Geschäftes ohne nachträglichen Einfluß bleiben. Welche Bedeutung der Vereinbarung zukommt, läßt sich nur nach den Umständen des gegebenen Falles beurtheilen. Die Regelung des sächs. G. B. bezw. des dresd. Entw. paßt sichtbar nur für eine begrenzte Zahl von Fällen, insbesondere für die in gewissen Industriebezirken üblichen Verträge zwischen Fabrikanten und Hausindustriearbeitern. Es ist nicht zulässig, nach solchen Fällen die allgemeine Rechtsnorm einzurichten. Auch fehlt das Bedürfniß, für dieselben im Gesetzbuche besondere Vorsorge zu treffen. Die Privatautonomie, in Verbindung mit der bei der Auslegung der Verträge auf Verkehrssitten zu nehmenden Rücksicht (§ 359), ist vollkommen ausreichend. Insbesondere steht einer Vereinbarung nichts entgegen, nach welcher, obschon in den Eigenthumsverhältnissen — zum Schutze des Bestellers

in Fällen des Konkurses und des Rücktrittes — erst mit der anderweiten Verfügung über den gelieferten Stoff eine Aenderung eintreten soll, gleichwohl die Gefahr auf den Uebernehmer schon mit dem Empfange des Stoffes übergeht.

Verpflichtung zur Lieferung des Stoffes.

Auch die Frage, ob bei einem auf Herstellung eines Werkes gerichteten Vertrage, in Ermangelung einer anderen Vereinbarung, der Besteller oder der Uebernehmer den zur Ausführung des Werkes erforderlichen Stoff zu liefern verpflichtet ist, eine Frage, welche das sächs. G. B. § 1244, der hess. Entw. Art. 230 und der dresd. Entw. Art. 635 Abs. 1 im ersteren Sinne beantwortet, ist in dem vorliegenden Entwurfe unentschieden gelassen. Dieselbe läßt wegen Verschiedenheit der Fälle eine allgemeine Entscheidung nicht zu, indem ihre sachgemäße Beantwortung stets durch die besonderen Umstände des einzelnen Falles bedingt wird.

§ 569.

Haftung für Mängel und wegen zugesicherter Eigenschaften.

Aus der Verpflichtung des Uebernehmers, das übernommene Werk vertragsmäßig herzustellen, folgt insbesondere die Verpflichtung des Uebernehmers, das Werk so herzustellen, daß dasselbe die zugesicherten Eigenschaften hat und daß es nicht mit solchen Mängeln behaftet ist, deren Abwesenheit im Sinne des Vertrages liegt. Welche Mängel des Werkes der Uebernehmer hiernach zu vertreten hat, ist gemeinrechtlich nicht näher bestimmt, ebensowenig im franz. Rechte, im sächs. G. B., im bayr. und im dresd. Entw. (vergl. sächs. G. B. § 1247; bayr. Entw. Art 518, dresd. Entw. Art. 640). Dagegen bestimmen andere neuere Gesetzgebungen den Umfang der Vertretungspflicht des Uebernehmers näher dahin, daß er, außer den zugesicherten Eigenschaften, für solche Mängel einzustehen habe, welche das Werk unbrauchbar machen oder den Gebrauch desselben mindern (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 947, 951, 952; österr. G. B. § 1153; schweiz. Bd. Ges. Art. 358; hess. Entw. Art. 236, 237). Der vorliegende Entwurf ist dem von den zuletzt erwähnten Gesetzgebungswerken betretenen Wege gefolgt. Da in § 381 für den Veräußerungsvertrag näher bestimmt ist, für welche Fehler und Mängel der Veräußerer einzustehen hat, so empfiehlt sich die Aufnahme einer ähnlichen, mit dem § 381 möglichst im Einklange zu haltenden Bestimmung auch für den Werkvertrag. Durch eine solche Bestimmung wird die Klarheit des Gesetzes nicht unerheblich gewinnen (vergl. auch §§ 505, 506).

Mögliche Rechtsfolgen.

Anlangend die an die Vertretungspflicht des Uebernehmers zu knüpfenden Rechtsfolgen, so läßt sich ein doppelter Standpunkt einnehmen. Sehr nahe liegt, auch in dieser Beziehung die Vorschriften über die Haftung des Veräußerers in Veräußerungsfällen (§ 383ff.) zum Vorbilde und zur Richtschnur zu nehmen. Andererseits spricht die Erwägung, daß es sich darum handelt, die Folgen der Nichterfüllung einer dem Uebernehmer nach dem Vertrage obliegenden Leistungspflicht zu regeln, dafür, bei dieser Regelung an die Vorschriften der §§ 368, 369 über die Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen anzuschließen. Je nachdem der eine oder andere Standpunkt gewählt wird, ist das Ergebniß in nicht unwesentlichen

Beziehungen ein verschiedenes. Nach dem ersten Standpunkte ist der Besteller berechtigt, nach seiner Wahl sofort entweder von dem Vertrage zurückzutreten oder seine Gegenleistung zu mindern (§ 383) oder auch nach der sichtbar sich darbietenden Analogie des § 398 die Beseitigung des Mangels zu verlangen, daneben aber, sofern eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, ohne Rücksicht auf Verschulden, aus dem zu unterstellenden Garantieversprechen Schadensersatz zu fordern (§ 385). Nach dem zweiten Standpunkte hat der Besteller, solange die Herstellung einer vertragsmäßigen Beschaffenheit des Werkes objektiv noch möglich ist, zunächst nur das Recht, die Beseitigung des Mangels zu fordern, und erst dann, wenn der Uebernehmer nach rechtskräftiger Verurtheilung binnen einer angemessenen Frist die Beseitigung des Mangels nicht bewirkt, das Recht, entweder wegen der vertragswidrigen Beschaffenheit des Werkes Schadensersatz zu beanspruchen, jedenfalls seine Gegenleistung zu mindern, oder, wenn das Werk in seiner vertragswidrigen Beschaffenheit kein Interesse für ihn hat, unter Ablehnung des Werkes Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, oder auch unter derselben Voraussetzung von dem Vertrage zurückzutreten (§ 369 Abs. 2, §§ 243, 242, arg. § 368 Abs. 1). Ist die Beseitigung des Mangels unmöglich, so treten, wenn die Unmöglichkeit auf einem von dem Uebernehmer zu vertretenden Umstande beruht, dieselben Folgen ein, wie in dem vorerwähnten Falle, in welchem der Uebernehmer die noch mögliche Verbesserung nach rechtskräftiger Verurtheilung binnen angemessener Frist nicht bewirkt (§ 369 Abs. 1, § 242, arg. § 368 Abs. 1). Ist dagegen die Beseitigung des Mangels durch einen von dem Uebernehmer nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt, so hat der Besteller nach dem zweiten Standpunkte nur das Recht, seine Gegenleistung zu mindern (§ 368 Abs. 1), es sei denn, daß der Uebernehmer die Garantie übernommen hätte, in welchem Falle der Besteller Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haben würde.

Gegen die Durchführung sowohl des ersten als des zweiten Standpunktes erheben sich jedoch gewichtige Bedenken. Gegen den ersten Standpunkt ist vorzugsweise zu erinnern, daß danach der Besteller neben dem Rechte, die Beseitigung des Mangels zu fordern, zugleich wahlweise das Recht der Minderung oder auch das Rücktrittsrecht hat. Ein Bedürfniß, dem Besteller zugleich diese Rechte zuzusprechen, liegt um so weniger vor, als die chikanöse Ausübung dieser Rechte bei leicht zu beseitigenden Mängeln zu besorgen ist. Sodann spricht gegen den ersten Standpunkt, daß danach das Recht des Bestellers auf Schadensersatz einen zu großen Umfang gewinnt, zumal bei der Schwierigkeit, in den Fällen der Beschaffung eines Werkes zwischen dem Mangel einer zugesicherten Eigenschaft und dem einer anderen Eigenschaft zu unterscheiden, dem Besteller das Recht auf Schadensersatz aus dem zu unterstellenden Garantieversprechen aus praktischen Gründen allgemein beizulegen sein würde. Wenn für Veräußerungsfälle in § 385 bestimmt ist, daß der Veräußerer bei dem Mangel einer zugesicherten Eigenschaft ohne Rücksicht auf Verschulden Schadensersatz zu leisten hat, weil ein Garantieversprechen vorliege, so ist von der Veräußerung einer individuell bestimmten Sache ausgegangen, wobei die Unterstellung eines Garantieversprechens nicht ungerechtfertigt

Bedenken.

erscheint (vergl. auch § 505). Eine solche Unterstellung ist aber überaus gewagt im Falle der Zusicherung der Eigenschaft eines erst zu beschaffenden und noch nicht vorhandenen Werkes. Der Uebernehmer, welcher eine bestimmte Eigenschaft des Werkes verspricht, übernimmt damit, von besonderen Umständen des Falles abgesehen, nur eine gewöhnliche Leistungspflicht, welche nach den allgemeinen Regeln über die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung und die Folgen der Nichtleistung (§§ 237 ff., 368, 369) beurtheilt werden muß. Ein praktisches Bedürfniß, hiervon abzuweichen, kann nicht anerkannt werden.

Gegen den zweiten Standpunkt ist geltend zu machen, daß danach das Rücktrittsrecht, welchem gerade bei dem Werkvertrage — ähnlich wie bei dem Dienstvertrage — eine große Bedeutung zukommt, ungebührlich beschränkt wird. Für die Einschränkung des Rücktrittsrechtes darf auch nicht angeführt werden, daß der Rücktritt meist zu erheblichen Schwierigkeiten bei der unter den Parteien anzunehmenden Auseinandersetzung führe; denn ähnliche Schwierigkeiten sind mit der Ausübung des Rücktrittsrechtes, nachdem der Vertrag in das Stadium der Erfüllung getreten ist, regelmäßig verbunden.

Standpunkt des Entwurfes.

Aus den vorstehenden Gründen empfiehlt es sich nicht, den einen oder anderen Standpunkt ausschließlich als Richtschnur zu nehmen, sondern die an die Vertretungspflicht des Uebernehmers sich knüpfenden Rechtsfolgen nach Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit durch spezielle Vorschriften zu regeln. Diesen Weg haben, abgesehen von dem gemeinen und dem franz. Rechte, nach welchen Rechten auch in der hier fraglichen Beziehung die allgemeinen Grundsätze über die Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten maßgebend sind, auch die meisten neueren Gesetzgebungswerke betreten, indem sie bei der Regelung sowohl die allgemeinen Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel einer veräußerten Sache als die allgemeinen Grundsätze über die Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeiten mehr oder weniger berücksichtigen und verwerthen (vergl. preuß. A. L. R. I, 5 §§ 318 ff. verb. mit I, 11 §§ 947 bis 953; österr. G. B. § 1153; sächs. G. B. § 1247; schweiz. Bd. Ges. Art. 358; hess. Entw. Art. 236, 237, bayr. Entw. Art. 518, dresd. Entw. Art. 640).

c) Recht auf Beseitigung des Mangels;

Stellt man sich auf den Standpunkt praktischer Zweckmäßigkeit, so ist zunächst klar, daß kein Grund obwaltet, in erster Reihe dem Besteller ein anderes Recht beizulegen, als dasjenige, welches aus den allgemeinen Grundsätzen folgt, nämlich das Recht, Beseitigung des Mangels zu fordern (vergl. § 224 Abs. 1 Satz 1, § 243). In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte gewähren auch die meisten neueren Gesetzgebungen dem Besteller dieses Recht (vergl. österr. G. B. § 1153; sächs. G. B. § 1247; schweiz. Bd. Ges. Art. 358; hess. Entw. Art. 237, bayr. Entw. Art. 518, dresd. Entw. Art. 640). Nach franz. Rechte kann, wenngleich die Beseitigung des Mangels gegen den Uebernehmer direkt nicht erzwingbar ist, der Besteller doch ermächtigt werden, die Beseitigung des Mangels auf Kosten des Uebernehmers selbst bewirken zu lassen (vergl. code civil Art. 1142, 1144). Dagegen nimmt die preuß. Jurisprudenz an, daß, abweichend von der allgemeinen Bestimmung des § 325 I, 5 A. L. R., der Besteller bei Untüchtigkeit des Werkes nicht berechtigt sei, eine der Vereinbarung entsprechende Neuherstellung oder Umarbeitung des

Werkes zu verlangen, sondern daß nur auf Nachlieferung fehlender Stücke geklagt werden könne, da in den besonderen Vorschriften der §§ 947 ff. I, 11 A. L. R. von einem solchen Rechte auf Umarbeitung keine Rede sei.

Dem Vorgange der meisten neueren Gesetzgebungen, welche dem Besteller neben dem Rechte auf Beseitigung des Mangels alternativ sofort auch das Recht auf Minderung bezw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder bei erheblichen Mängeln das Rücktrittsrecht zusprechen (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 947, 951—953; österr. G. B. § 1153; sächs. G. B. § 1247; schweiz. Bd. Ges. Art. 358; hess. Entw. Art. 236, 237, bayr. Entw. Art. 518, dresd. Entw. Art. 640), ist der Entwurf aus den oben S. 479 angegebenen Gründen nicht gefolgt. Durch ein praktisches Bedürfniß ist es jedoch geboten, für den Fall, wenn die Beseitigung des Mangels hingehalten wird, den Besteller nicht auf den umständlichen Weg des § 241 zu beschränken, vielmehr ihn für befugt zu erklären, die in § 243 bezeichnete Frist dem Uebernehmer sofort und ohne vorherige Anrufung des Richters zu bestimmen, und ihn ferner für befugt zu erklären, nach Ablauf der Frist entweder von dem Vertrage zurückzutreten oder Minderung der Gegenleistung zu verlangen. Außer diesen in Abs. 1 und 2 bestimmten Rechten gewährt der dritte Absatz des § 569 nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze dem Besteller Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Mangel sich in einem von dem Uebernehmer zu vertretenden Umstande (Verschulden oder Garantieversprechen) gründet. Die Bedenken, welche gegen eine Ausdehnung des Rechtes des Bestellers auf Schadensersatz über die allgemeinen Grundsätze hinaus sprechen, sind bereits oben hervorgehoben worden. Mit dem Entwurfe stimmen in dieser Beziehung das gemeine Recht und die meisten neueren Gesetzgebungen überein (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 947 und 951 verb. mit I, 5 §§ 318, 320 und dazu Urtheil d. R. G. bei Gruchot XXVI S. 967; code civil Art. 1789, 1146 — 1151; schweiz. Bd. Ges. Art. 358; bayr. Entw. Art. 518, dresd. Entw. Art. 640). Gemeinrechtlich wird jedoch auch die Ansicht vertreten, daß im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft nach Analogie der l. 31 D. de evict. 21, 2 stets ein Garantieversprechen anzunehmen, mithin der Uebernehmer wegen Mangels der zugesicherten Eigenschaft ohne Rücksicht auf Verschulden zum Schadensersatze verpflichtet sei (vergl. Seuffert XXXIII, 18); der Standpunkt des sächs. G. B., des österr. G. B. und des hess. Entw. in der hier fraglichen Beziehung ist, wenigstens nach dem Wortlaute der betreffenden Bestimmungen, zweifelhaft (vergl. sächs. G. B. § 1247, daneben aber §§ 721, 1009, 1248 Satz 2; österr. G. B. § 1153; hess. Entw. Art. 236, 237, daneben Art. 242 Abs. 3 und I Art. 236). Ein Bedürfniß, mit dem dresd. Entw. Art. 640 (vergl. auch bayr. Entw. Art. 518 Abs. 1) das Recht des Bestellers auf Schadensersatz andererseits dahin zu beschränken, daß demselben bei unerheblichen Mängeln nur das Recht der Minderung zusteht, liegt nicht vor.

Frist; b) Rücktrittsrecht, Minderungsrecht; c) Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Zusicherung einer Eigenschaft.

Aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit sind jedoch noch zwei andere besondere Maßgaben als erforderlich erachtet. Die Beseitigung des Mangels kann unter Umständen, z. B. wenn es sich um die Aenderung eines Baues handelt, den Uebernehmer zu einem ganz unverhältnißmäßigen Kostenaufwande

Beschränkung a) des Beseitigungsrechtes,

nöthigen. Die Billigkeit erfordert, für solche Fälle — nach Vorbild des Art. 358 Abs. 2 des schweiz. Bd. Ges. — dem Besteller das Recht zu versagen, auf Beseitigung des Mangels zu bestehen. Durch diese Bestimmung nähert sich der Entwurf auch dem preuß. Rechte, welches, wie oben bereits erwähnt wurde, dem Besteller das Recht, eine Neuherstellung oder Umarbeitung des mangelhaften Werkes zu verlangen, überhaupt versagt. Ferner darf das doch immerhin nur auf positiver Anordnung beruhende und weitgreifende

b) des Rücktrittsrechtes,

Rücktrittsrecht dem Besteller nicht eingeräumt werden, wenn durch den Mangel der Werth oder die Tauglichkeit des Werkes nur in unerheblichem Maße (vergl. § 382 Abs. 2 Satz 2) verringert wird. In ähnlicher Art beschränken auch die neueren Gesetzgebungen und Entwürfe das Rücktrittsrecht des Bestellers (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 947, 951—953; österr. G. B. § 1153; sächs. G. B. § 1247; schweiz. Bd. Ges. Art. 358; hess. Entw. Art. 236, 237; bayr. Entw. Art. 518, dresd. Entw. Art. 640).

Anwendung der Vorschr. über Minderung und vorbehalt. Rücktrittsrecht.

Die Bestimmung des Abs. 2, daß die dort erwähnten Vorschriften auf das Rücktrittsrecht und das Minderungsrecht entsprechende Anwendung finden sollen, rechtfertigt sich durch die Analogie der Verhältnisse. Ein Grund, im Falle der Ausübung des Rücktrittsrechtes die Auseinandersetzung zwischen den Parteien nach besonderen Grundsätzen zu regeln (vergl. bayr. Entw. Art. 533, 534) liegt nicht vor.

Wegen der Gründe, aus welchen der Entwurf das Minderungsrecht — in Anlehnung an die Vorschriften über die Gewährleistung in Veräußerungsfällen (§§ 383, 397), aber in Abweichung von den für die Miethe gegebenen Vorschriften (§§ 505, 506, 530) — hier als Anspruch konstruirt hat, wird auf die Mot. zu § 571 verwiesen, da die Frage mit der in § 571 bestimmten kurzen Verjährung im Zusammenhange steht.

Klage auf Beseitigung 2c.

Wie oben bereits angedeutet ist und auch aus der Fassung des § 571 Abs. 1 Satz 2 erhellt, wird übrigens durch die Bestimmung, daß der Besteller dem Uebernehmer sofort ohne vorgängige Anrufung des Richters eine Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und, wenn binnen dieser Frist die Beseitigung des Mangels nicht erfolgt ist, die in Abs. 2 und 3 bezeichneten Rechte geltend machen kann, die Befugniß des Bestellers nicht ausgeschlossen, zunächst auf Beseitigung des Mangels zu klagen und erst nach rechtskräftiger Verurtheilung des Uebernehmers und nach Ablauf der alsdann demselben gesetzten Frist nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze vom Vertrage zurückzutreten oder die Gegenleistung zu mindern bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (vergl. die §§ 243, 242, 369 Abs. 2, arg. § 368 Abs. 1). Von praktischer Bedeutung kann dies namentlich werden im Hinblicke auf die kurze Verjährung, welche der § 571 für die dem Besteller nach Abs. 2 und 3 zustehenden Ansprüche auf Minderung und Schadensersatz vorschreibt (vergl. die Mot. zu § 571).

Unmöglichkeit 2c. der Beseitigung.

Nach Abs. 2 Satz 1 gelten die Bestimmungen des Abs. 2 und 3 nicht blos dann, wenn der Uebernehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb der von dem Besteller bestimmten angemessenen Frist nicht bewirkt, sondern aus gleichen Gründen auch in den Fällen, in welchen die Beseitigung des

Mangels unmöglich oder von dem Uebernehmer wegen unverhältnißmäßigen Aufwandes verweigert ist.

Welchen Einfluß die Abnahme des mit einem Mangel behafteten Werkes durch den Besteller auf die ihm nach Abs. 1—3 zustehenden Rechte hat, ist in § 572 bestimmt (vergl. die Mot. zu § 572).

Wird das Werk ganz oder zum Theil nicht rechtzeitig hergestellt, so reichen für den Fall, daß ein Fixgeschäft im Sinne des § 361 vorliegt, die Bestimmungen des § 361 aus. Im Zweifel läßt aber der Werkvertrag sich nicht als ein Fixgeschäft im Sinne des § 361 betrachten. Die auf einer gegentheiligen Auffassung beruhenden Vorschriften des sächs. G. B. und des dresd. Entw. (vergl. sächs. G. B. § 1243 Satz 2 verb. mit den §§ 1233, 1192, 865; dresd. Entw. Art. 636 verb. mit Art. 621 Abs. 2 und 152) verdienen deshalb keine Billigung. Dagegen ist anzuerkennen, daß auch für solche Fälle, in denen ein Fixgeschäft nicht vorliegt, ein praktisches Bedürfniß vorhanden ist, das Rücktrittsrecht des Bestellers über die allgemeinen Grundsätze hinaus auszudehnen, indem die letzteren namentlich in solchen Fällen nicht ausreichen, in welchen die nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes nicht auf einem Verschulden beruht und deshalb die Anwendung der Vorschriften über den Verzug ausgeschlossen ist (vergl. §§ 246, 247 Abs. 2, § 369 Abs. 2). Von den neueren Gesetzgebungen machen allerdings das österr. G. B. § 1154 und der hess. Entw. Art. 216 das Recht des Bestellers, wegen nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes von dem Vertrage zurückzutreten, von einem Verschulden des Uebernehmers abhängig. Dagegen dehnen das preuß. A. L. R. I, 11 § 938 und der bayr. Entw. Art. 525 das Rücktrittsrecht des Bestellers auch auf den Fall aus, in welchem die Ausführung des Werkes durch einen in der Person des Uebernehmers eingetretenen Zufall nicht rechtzeitig erfolgt. Nach dem sächs. G. B. und dem dresd. Entw. steht dem Besteller das Rücktrittsrecht ebenfalls ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Uebernehmers zu, wenn der letztere das Werk nicht binnen der bestimmten Zeit liefert, da, wie bereits hervorgehoben wurde, diese Gesetzgebungswerke im Zweifel ein Fixgeschäft unterstellen, wenn eine Zeit für die Herstellung des Werkes bestimmt ist. Zu demselben bezw. einem ähnlichen Resultate führen auch die allgemeinen Bestimmungen des code civil Art. 1184 und des schweiz. Bd. Ges. Art. 122 verb. mit Art. 117 Abs. 1 und 124. Die Fälle, in welchen der Uebernehmer — sei es ganz oder nur theilweise — nicht rechtzeitig erfüllt, können wegen Gleichheit des Grundes nicht wohl anders geregelt werden, wie die Fälle, in welchen er mangelhaft erfüllt (vergl. auch § 529). Demgemäß bestimmt Abs. 4, daß die Vorschriften des ersten bis dritten Absatzes auf jene Fälle entsprechende Anwendung finden sollen, jedoch unbeschadet der nach § 361 im Falle eines Fixgeschäftes und der nach § 369 und § 247 Abs. 2 im Falle eines Verzuges geltenden Bestimmungen.

Nicht rechtzeitige Herstellung des Werkes.

Das schweiz. Bd. Ges. Art. 354 trifft noch besondere Vorsorge für den Fall, wenn der Uebernehmer das Werk nicht rechtzeitig beginnt oder die Ausführung in vertragswidriger Weise verzögert, oder wenn er mit derselben ohne Schuld des Bestellers so sehr im Rückstande bleibt, daß die rechtzeitige Vollendung nicht mehr vorauszusehen ist. In diesen Fällen soll der

Besteller das Recht haben, ohne den Lieferungstermin abwarten zu müssen, nach Maßgabe der Art. 122—124 von dem Vertrage zurückzutreten. Ferner bestimmt der Art. 355 jenes Gesetzes, daß, wenn sich während der Ausführung des Werkes eine mangelhafte oder sonst vertragswidrige Herstellung durch Verschulden des Uebernehmers bestimmt voraussehen läßt, der Besteller demselben eine angemessene Frist zur Abhülfe ansetzen oder ansetzen lassen kann, mit der Androhung, daß im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Uebernehmers einem Dritten übertragen werden würde. Der Entwurf hat die Aufnahme derartiger Bestimmungen nicht für nöthig erachtet, davon ausgehend, daß neben den besonderen Vorschriften des § 569, welche allerdings nur die Fälle betreffen, in welchen das Werk mangelhaft oder nicht rechtzeitig vollendet ist, die allgemeinen Grundsätze ausreichen. Erleidet die Fertigstellung des Werkes dergestalt einen Aufenthalt, daß die Vollendung desselben zur Erfüllungszeit sich als unmöglich ergiebt, so ist, wenn ein Fixgeschäft im Sinne des § 361 vorliegt, der Besteller in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Paragraphen zum Rücktritte schon zu der Zeit berechtigt, wo die Nichtvollendung des Werkes zur Erfüllungszeit zur vollen Gewißheit geworden ist. Der § 361 spricht zwar nur von dem Rücktritte, „wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder binnen der bestimmten Frist erfolgt". Allein es ist einleuchtend, daß die absolute Gewißheit, die Leistung werde nicht rechtzeitig erfolgen, zur Erfüllung jener gesetzlichen Voraussetzung genügt. Liegt kein Fixgeschäft vor, so ist zu unterscheiden, ob dem Uebernehmer ein Verzug zur Last fällt oder nicht. Trifft ihn der Vorwurf des Verzuges, so ist der Besteller zufolge des Abs. 2 zum Rücktritte berechtigt, sofern in Folge des Verzuges die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, wobei es aus dem angegebenen Grunde wieder gleichgültig erscheint, daß die Erfüllungszeit noch nicht gekommen ist, sofern nur die objektive Unmöglichkeit ihrer Einhaltung feststeht. Auch kann in einem solchen Falle der Besteller nach § 247 Abs. 2 unter Ablehnung der Ausführung des Werkes durch den Uebernehmer Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, mithin namentlich Ersatz der Mehrkosten verlangen, welche ihm dadurch erwachsen sind, daß er in Folge des Verzuges des Uebernehmers sich genöthigt gesehen hat, das Werk durch einen Dritten ausführen zu lassen. Fällt dagegen dem Uebernehmer ein Verzug nicht zur Last, sondern gründet der Aufenthalt sich in einem Zufalle (in einem von dem Uebernehmer nicht zu vertretenden Umstande), so würde es unbillig sein, den Uebernehmer die Folgen des zufälligen Aufenthaltes in gleicher Art, wie die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung des Werkes (vergl. § 576), tragen zu lassen und dem Besteller in diesem Falle den Rücktritt von dem Vertrage gerade so zu gestatten, wie in dem Falle eines von dem Uebernehmer verschuldeten Aufenthaltes. Der Uebernehmer ist dadurch, daß er die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Werkes trägt, ohnehin schon nachtheilig gestellt. Diese nachtheilige Stellung in positiver Weise (vergl. §§ 246, 237 Abs. 1) noch zu verschärfen, kann ohne zwingende Gründe nicht als gerechtfertigt erachtet werden. Eine andere Frage ist, ob nicht in dem in Rede stehenden Falle dem Besteller das Recht beigelegt werden soll, schon vor

Eintritt der Erfüllungszeit die in Abs. 1 verb. mit Abs. 4 bezeichnete Frist zu bestimmen. Auch durch eine derartige Vorschrift würden indessen die Folgen des zufälligen Aufenthaltes in erheblichem Umfange dem Uebernehmer zur Last gelegt werden, ein Ergebniß, gegen welches gerade die vorstehende Erwägung spricht. Was von dem Falle gilt, wenn der Uebernehmer mit der Ausführung des Werkes überhaupt im Rückstande ist, muß aus gleichen Gründen auch dann gelten, wenn bereits während der Ausführung Mängel der Ausführung sich ergeben, da vertragswidrige Leistung theilweise Nichtleistung ist.

§ 570.

Die Bestimmung des § 570 entspricht der Vorschrift des § 396 und beruht auf ähnlichen Erwägungen, wie diese. Vereinbarung über die Haftung wegen Mängel.

Der bayr. Entw. Art. 521 enthält noch die Bestimmung, daß die dem Besteller wegen Mängel des Werkes zustehenden Ansprüche wegfallen, wenn die Mängel in der Fehlerhaftigkeit des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder der von ihm vorgeschriebenen Ausführungsweise ihren Grund haben, es wäre denn, daß der Uebernehmer die Fehlerhaftigkeit bei gehöriger Sorgfalt zu erkennen vermochte, jedoch unterließ, den Besteller rechtzeitig darauf aufmerksam zu machen (vergl. auch l. 62, l. 51 § 1, l. 60 § 3 D. loc. 19, 2; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 957, 958, 970; österr. G. B. § 1157; hess. Entw. Art. 242. Nach dem schweiz. Bd. Ges. Art. 359 sollen die dem Besteller wegen Mängel des Werkes gegebenen Rechte ausgeschlossen sein, wenn er durch Weisungen, welche er entgegen den ausdrücklichen Abmachungen des Uebernehmers über die Ausführung ertheilte, oder auf andere Weise die Mängel selbst verschuldet hat. Daneben bestimmt der Art. 356 jenes Gesetzes, daß, wenn sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem von dem Besteller gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrunde zeigen oder sich sonst Verhältnisse ergeben, welche die gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, der Uebernehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen hat, widrigenfalls die nachtheiligen Folgen ihm zur Last fallen. Eine solche Anzeigepflicht spricht auch der dresd. Entw. Art. 639 aus mit dem Zusatze, daß im Falle der Versäumung dieser Pflicht der Uebernehmer dem Besteller den hieraus entstandenen Schaden zu ersetzen habe (vergl. auch Art. 647 das. und sächs. G. B. § 1248). Fehlerhaftigkeit des Stoffes oder der Anweisungen des Bestellers;

Daß der Uebernehmer wegen solcher Mängel, welche ihren Grund in der Fehlerhaftigkeit des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder in den von dem letzteren für die Ausführung ertheilten Anweisungen haben, an und für sich nicht haftet, ist als selbstverständlich zu betrachten, da insoweit die Haftung des Uebernehmers nach dem Sinne des Vertrages als ausgeschlossen anzusehen ist, mithin eine vertragswidrige Herstellung des Werkes nicht vorliegt. Es ergiebt sich dies übrigens auch aus der Bestimmung des § 577. Eine andere Frage ist, inwiefern der Uebernehmer zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn er es unterlassen hat, den Besteller auf die Fehlerhaftigkeit des von demselben gelieferten Stoffes oder auf die mit den Anweisungen desselben für Anzeigepflicht.

die Güte des Werkes verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen. In dieser Beziehung kann es zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß der Uebernehmer nach dem Sinne des Vertrages zur Anzeige verpflichtet ist, wenn er an dem von dem Besteller gelieferten Stoffe einen das Werk sichtbar gefährdenden Fehler entdeckt und er deshalb voraussetzen muß, der Fehler sei dem Besteller unbekannt geblieben, und daß im Falle schuldvoller Versäumung der Anzeige der Besteller den Ersatz des daraus entstandenen Schadens verlangen kann. Dies mit dem dresd. Entw. und anderen neueren Gesetzgebungswerken zu bestimmen, ist entbehrlich (vergl. § 359). Andererseits ist es bedenklich, nach dem Vorgange des bayr. Entw. allgemein vorzuschreiben, daß der Uebernehmer auch zur Prüfung des Stoffes verpflichtet ist und sich verantwortlich macht, wenn er einen Fehler nicht entdeckt und zur Anzeige bringt, welcher bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt hätte erkannt werden müssen (vergl. auch hess. Entw. Art. 242). Die Frage, ob dem Uebernehmer eine solche Prüfungspflicht obliegt, läßt eine allgemeine Beantwortung nicht zu. In vielen Fällen wird sie bejaht, in anderen verneint werden müssen. Sie wird zu bejahen sein, wenn der Uebernehmer auch für die Prüfung des Stoffes als Sachkundiger erscheint und der Werkvertrag die Auslegung gestattet, daß der Besteller auf eine solche Prüfung hat rechnen dürfen, während sie zu verneinen sein wird, wenn umgekehrt in Betreff jener Prüfung der Besteller als der Sachkundige sich ergiebt, welcher eine sachverständige Nachprüfung von Seiten des Uebernehmers nicht hat erwarten dürfen, wie z. B. in vielen Fällen, wenn ein Fabrikant einem Arbeiter den in der Fabrik hergestellten Stoff zur Bearbeitung überliefert. Es ist also einleuchtend, wie bedenklich es sein würde, die Prüfungspflicht allgemein zu bejahen oder allgemein zu verneinen. Eine solche allgemeine Bestimmung ist überdies entbehrlich, da die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung und Erfüllung der Verträge genügen. Was von den Fehlern des von dem Besteller gelieferten Stoffes gilt, findet zweifellos auch Anwendung auf sonstige Umstände, welche Ausführung oder Bestand des Werkes gefährden, so daß auch in dieser Beziehung eine allgemeine Vorschrift nicht am Platze ist.

Prüfungspflicht des Uebernehmers.

§ 571.

Verjährung der Ansprüche a) auf Beseitigung und Minderung;

Dieselben Gründe praktischer Zweckmäßigkeit, auf welchen die für den Veräußerungsvertrag nach § 397 hinsichtlich der Verjährung der Ansprüche wegen Mängel der Sache geltenden Vorschriften beruhen, lassen es als angemessen erscheinen, diese Vorschriften auch auf den Werkvertrag zu übertragen. Die Uebertragung ist um so angemessener, als zwischen dem Werkvertrage und dem Veräußerungsvertrage eine nahe Verwandtschaft besteht und in manchen Fällen die Entscheidung schwierig sein kann, ob der Vertrag ein Veräußerungsvertrag oder ein Werkvertrag ist. Diesen Erwägungen gegenüber muß das bei den Berathungen des dresd. Entw. gegen eine solche Uebertragung ausschlaggebend gewesene Bedenken in den Hintergrund treten, daß, wenn man den Beginn der kurzen Verjährung in der Regel nicht an die Entdeckung des Mangels, sondern, wie dies würde geschehen müssen, an die Gutheißung des Werkes bezw. an die, wenn auch verborgene Existenz des Mangels und die

Vertragswidrigkeit knüpfe, der Anspruch des Bestellers, namentlich bei Mängeln eines Bauwerkes, meist verjährt sein werde, ehe der Besteller von dem Anspruche Kenntniß erlangt habe. Mit dem dresd. Entw. stimmen zwar — abgesehen von den unten noch zu erwähnenden besonderen Vorschriften über die Haftpflicht des Uebernehmers bei verdungenen Bauten — das gemeine Recht, das franz. Recht, das sächs. G. B. und der hess. Entw. überein. Andererseits haben aber die Bestimmungen des Entwurfes gewichtige Vorgänge in dem preuß. A. L. R. I, 5 §§ 318, 345, dem österr. G. B. §§ 922, 933, dem bayr. Entw. Art. 520, 529 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 362. Ein Bedenken gegen die Bestimmung des Entwurfes kann auch daraus nicht entnommen werden, daß der Besteller nach § 569 Abs. 1 zunächst nur das Recht hat, die Beseitigung des Mangels binnen einer von ihm zu bestimmenden angemessenen Frist zu fordern. Es kann sich allerdings zutragen, daß der Besteller wegen drohenden Ablaufes der Verjährung eine solche Frist nicht bestimmen kann, also genöthigt ist, auf Beseitigung des Mangels zu klagen; allein wenn in einem solchen Falle der Uebernehmer, nachdem er verurtheilt ist, die Befolgung des Urtheiles unterlassen sollte, so ist der Besteller trotz der inzwischen etwa eingetretenen Verjährung der ihm nach § 569 zustehenden sonstigen Ansprüche in der Lage, nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze das Recht des Rücktrittes, der Minderung und das Recht auf Schadensersatz geltend zu machen, da, wie in den Motiven zu § 569 bereits hervorgehoben wurde, gegen den zur Beseitigung des Mangels verurtheilten Uebernehmer die Bestimmungen des § 243 anwendbar bleiben (vergl. § 243 verb. mit § 242, § 369 Abs. 2, arg. § 368 Abs. 1). Gegenüber den Bestimmungen des § 571 kann auch dem Einwande kein Gewicht beigelegt werden, daß das Minderungsrecht sich nicht als Anspruch betrachten lasse, weil die mangelfreie Herstellung des Werkes — anders wie in Veräußerungsfällen — einen Theil der dem Uebernehmer aus dem Vertrage obliegenden Leistungspflicht bilde und deshalb nach den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung aus gegenseitigen Verträgen bei nur theilweiser Leistung die Minderung der Gegenleistung eine unmittelbare Rechtsfolge der theilweisen Leistung, hier des Mangels, sei (vergl. § 368 Abs. 1). Bei der Miethe (§§ 505, 506, 530) ist dieser Gesichtspunkt allerdings festgehalten und das Minderungsrecht nicht als Anspruch behandelt (vergl. zu §§ 505, 506). Allein bei der Miethe liegt auch kein Grund vor, dem Minderungsrechte einen solchen Karakter beizulegen, da ein Bedürfniß, die dem Miether wegen Mängel der gemietheten Sache zustehenden Rechte an eine kurze Verjährungsfrist zu knüpfen, nicht anerkannt werden kann. Anders liegt dagegen die Sache hier. Ist ein praktisches Bedürfniß vorhanden, bei dem Werkvertrage in Ansehung der dem Besteller wegen Mängel des Werkes beigelegten Rechte eine kurze Verjährung einzuführen, und lassen sich nach den Grundsätzen des Entwurfes über die Anspruchsverjährung die letzteren auf das Minderungsrecht nur dann anwenden, wenn dasselbe als Anspruch konstruirt wird, so müssen theoretische Bedenken dem praktischen Bedürfnisse weichen.

Im Gegensatze zu dem Minderungsrechte und abweichend von den für das Recht der Wandelung in Veräußerungsfällen geltenden Bestimmungen (§§ 383, 397) können aber auf das dem Besteller nach § 569 Abs. 2 zustehende Ausschluß des Rücktrittsrechtes;

Rücktrittsrecht die Grundsätze über die Verjährung nicht angewendet werden, da die Konstruktion des Rücktrittes als eines Anspruches mit den nach § 569 Abs. 2 Satz 2 auf das Rücktrittsrecht für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften der §§ 426, 431 nicht vereinbar ist. Für das Rücktrittsrecht ist deshalb eine besondere Bestimmung nöthig, welche ergiebt, daß dasselbe nach Ablauf der für die Ansprüche auf Beseitigung des Mangels und auf Minderung der Gegenleistung bestimmten Verjährungsfrist nicht mehr geltend gemacht werden kann (Abs. 5).

b) auf Schadensersatz.

Im Uebrigen schließen sich — abgesehen von der besonderen auf Bauwerke sich beziehenden Vorschrift — die Bestimmungen des § 571 im Einzelnen dem § 397 an. Im Wesentlichen stimmen damit auch die Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 5 §§ 343, 345, des bayr. Entw. Art. 520, des schweiz. Bd. Ges. Art. 362 verb. mit Art. 257—259 überein. Insbesondere findet nach diesen Gesetzgebungswerken, wie nach dem Entwurfe, die kurze Verjährung keine Anwendung, wenn der Uebernehmer den Mangel gekannt und verschwiegen hat, nach dem preuß. Rechte (A. L. R. I, 5 § 320) freilich auch schon dann nicht, wenn der Mangel auf einem sonstigen Verschulden des Uebernehmers beruht, da in diesem Falle die Kontraktsklage begründet ist (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. II, 68 S. 292, VI, 9 S. 36 ff., XXIII, 30; Urth. d. R. G. bei Gruchot XXVIII S. 909 ff.).

Verjährungsfrist.

Anlangend die Frist, so beträgt diese nach preuß. A. L. R. bei unbeweglichen Sachen drei bezw. ein Jahr, bei beweglichen Sachen sechs Monate, nach dem bayr. Entw. ein Jahr bei unbeweglichen und drei Monate bei beweglichen Sachen, nach dem österr. G. B. ohne Unterschied drei und nach dem schweiz. Bd. Ges. in allen Fällen ein Jahr. Die in Abs. 1 bestimmten Fristen schließen sich der Vorschrift des § 397 an. Auch bei dem Werkvertrage ist eine einjährige bezw. sechsmonatige Frist nicht zu kurz bemessen. Ueberall, wo dieselbe sich im konkreten Falle als zu kurz erweisen sollte, wird es Sache des Bestellers sein, eine geräumigere Frist sich auszubedingen.

Vereinbarung einer Garantiefrist.

Welcher Sinn der Vereinbarung einer besonderen Garantiefrist — namentlich im Verhältniß zu den Verjährungsfristen — beizulegen ist, muß der Auslegung im einzelnen Falle überlassen bleiben. Wenngleich solche Vereinbarungen, insbesondere bei dem Werkvertrage, erfahrungsmäßig nicht selten sind und über den Sinn derselben oft Streit entsteht (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 362 verb. mit Art. 257), so ist es doch richtiger, wie bei dem Veräußerungsvertrage, so auch hier, von besonderen Bestimmungen in dieser Richtung abzusehen.

Verjährung der Ansprüche bei Mängeln eines Bauwerkes. a) Geltendes Recht.

In Betreff der Haftpflicht des Uebernehmers wegen Mängel eines Bauwerkes enthalten die bestehenden Rechte zum Theil besondere Bestimmungen. Schon das röm. Recht bestimmt in Ansehung öffentlicher Bauten, daß der Baumeister und der Bauunternehmer nebst ihren Erben auch nach erfolgter Approbation wegen der innerhalb fünfzehn Jahren sich herausstellenden Fehler haftbar sind, es sei denn, daß solche zufällig entstanden wären (vergl. l. 8 Cod. de oper. publ. 8, 11). Eine ähnliche Bestimmung findet sich im code civil Art. 1792, 2270, doch unter Ausdehnung auf alle Bauten und unter Beschränkung der Gewährfrist auf die Dauer von zehn Jahren. Dem Gedanken

des röm. und des franz. Rechtes ist der bayr. Entw. Art. 530 gefolgt, indem derselbe vorschreibt, daß die Ansprüche des Bestellers gegen den Uebernehmer wegen Baufälligkeit oder Einsturzes eines Bauwerkes mit Ablauf von fünf Jahren seit der Uebergabe des Werkes oder dem Eintritte des Annahmeverzuges erlöschen, daß aber, wenn die Baufälligkeit oder der Einsturz innerhalb der bezeichneten Zeit eingetreten ist, vermuthet wird, daß eine Schuld des Uebernehmers zu Grunde liegt. Nach preuß. A. L. R. I, 11 §§ 968, 969 verjähren die Ansprüche des Bestellers wegen solcher Fehler, welche in der Bauart oder in der Vernachlässigung von Kunstregeln ihren Grund haben, innerhalb drei Jahren nach der Uebergabe, während Ansprüche, welche in der schlechten Beschaffenheit der Materialien beruhen, der ordentlichen Verjährung unterliegen. Das schweiz. Bd. Ges. Art. 362 Abs. 2 erstreckt die Verjährungsfrist für Ansprüche des Bestellers wegen Mängel eines Bauwerkes auf fünf Jahre. Eine Rechtsvermuthung, daß die innerhalb der Verjährungsfrist hervorgetretenen Mängel des Bauwerkes auf einem Verschulden des Uebernehmers beruhen, haben die beiden zuletzt gedachten Gesetzbücher aber nicht aufgestellt.
Der Entwurf theilt die Auffassung, daß für Bauwerke wegen der bei der Herstellung eines Bauwerkes sich zeigenden Besonderheiten die Verjährungsfrist eine geräumigere sein muß. Als angemessene Frist erscheint nach den bei den Berathungen des dresd. Entw. zur Sprache gebrachten Ermittelungen eine Frist von fünf Jahren, indem nach diesen Ermittelungen bei Bauwerken, welche auf Dauer, d. h. nicht zu vorübergehenden Zwecken, aufgeführt sind, Mängel der Konstruktion und des Materiales des Bauwerkes regelmäßig innerhalb fünf Jahren zu Tage treten und deshalb Einstürze, welche nach fünf Jahren seit der Vollendung erfolgen, regelmäßig nicht auf einer fehlerhaften Ausführung des Baues, sondern auf anderen Ursachen beruhen. Auf der anderen Seite ist es aber als bedenklich erachtet, mit der Frist zugleich die Rechtsvermuthung zu verbinden, daß, wenn vor Ablauf der fünfjährigen Frist das Bauwerk ganz oder theilweise einstürzt, der Einsturz durch einen von dem Uebernehmer zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden ist. Eine solche Bestimmung hat nothwendig in manchen Fällen eine objektive Ungerechtigkeit zur Folge. Sie ist überdies, im Hinblicke auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung, als ein Bedürfniß nicht anzuerkennen. Auch bei den dresdener Berathungen ist aus ähnlichen Gründen die Aufstellung einer solchen Rechtsvermuthung abgelehnt worden.

b) Entwurf.

Frist.

§ 572.

In Uebereinstimmung mit einer auch in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis vertretenen Ansicht verpflichten verschiedene neuere Gesetzgebungswerke den Besteller, nach der Ablieferung des Werkes die Beschaffenheit des letzteren zu prüfen und die erkennbaren Mängel bei der Abnahme oder binnen einer näher bestimmten Frist zu rügen, widrigenfalls das Werk rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt. Einzelne Gesetzgebungswerke machen jedoch diese Untersuchungs- und Anzeigepflicht von einer vorgängigen Aufforderung des Uebernehmers abhängig. Auch darin zeigt sich eine Verschiedenheit, daß einige derselben an die Versäumung jener Pflicht nur den Verlust des Rechtes

Untersuchungs- und Rügepflicht des Bestellers.

knüpfen, solche Mängel zu rügen, welche bei Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit hätten entdeckt werden können, während andere die nachträgliche Geltendmachung aller Mängel ausschließen, welche bei sorgfältiger (ordnungsmäßiger) Prüfung erkennbar waren, es sei denn, daß der Uebernehmer dieselben arglistig verschwiegen hätte (vergl. bayr. Entw. Art. 515, 517, 519; sächs. G. B. §§ 1251, 1250 verb. mit § 903; dresd. Entw. Art. 643, 641; schweiz. Bd. Ges. Art. 357, 360, 361; preuß. A. L. R. I, 5 §§ 318, 330).

Der Entwurf hat aus denselben Gründen, aus welchen er für Veräußerungsfälle davon abgesehen hat, den Erwerber bei oder nach der Ablieferung der veräußerten Sache in der einen oder anderen Form zu einer Prüfung der Vertragsmäßigkeit oder Empfangbarkeit der Sache zu nöthigen, auch hier davon Abstand genommen, eine Prüfungspflicht des Bestellers vorzuschreiben, da kein Grund obwaltet, denselben nachtheiliger zu stellen, wie im Veräußerungsfalle den Erwerber der Sache. Der § 572 beschränkt sich deshalb darauf, nach Analogie der die Abnahmepflicht des Käufers aussprechenden Vorschrift des § 459 Abs. 2 den Besteller für verpflichtet zu erklären, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, und an die Abnahme als solche, wie nach dem § 386 in Veräußerungsfällen, nur den Verlust des Rügerechtes in Ansehung derjenigen Mängel zu knüpfen, von welchen er bei der Abnahme Kenntniß hatte, es sei denn, daß er bei der Abnahme sich wegen dieser Mängel seine Rechte vorbehalten hat. Eine weitergehende Wirkung mit der vorbehaltlosen Abnahme als solchen zu verbinden, rechtfertigt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer stillschweigenden Billigung. Zwar wird in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis die vorbehaltlose Annahme des Werkes vielfach als stillschweigende Billigung aufgefaßt mit der Wirkung, daß der Besteller nur noch solche Mängel rügen könne, welche ihm ohne seine Schuld verborgen geblieben seien. Auch das sächs. G. B. § 1250 und der dresd. Entw. Art. 642, 641 sind dieser Ansicht gefolgt, das sächs. G. B. jedoch mit der Modifikation, daß nur die Geltendmachung solcher Mängel ausgeschlossen ist, welche bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennbar waren. Nach einer anderen im gemeinen Rechte vertretenen Ansicht hat dagegen die in der vorbehaltlosen Annahme liegende stillschweigende Billigung an und für sich nur die Bedeutung, daß dem Besteller die Beweislast zufällt und er solche Mängel nicht mehr geltend machen kann, welche ihm bekannt waren (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. IV, 57). Zu diesem Ergebnisse führen auch die allgemeinen Grundsätze des Entwurfes. An und für sich kann das juristische Wesen des Rechtsgeschäftes der Billigung nur darin gefunden werden, daß der Besteller die gehörige Erfüllung des Vertrages durch den Uebernehmer anerkennt. Ist dies richtig, so muß der Besteller nach den allgemeinen Grundsätzen (vergl. die §§ 290, 684) befugt sein, wegen jedes bei der Abnahme ihm unbekannt gebliebenen Mangels das Anerkenntniß anzufechten, gleichviel, ob das Nichtkennen oder der Irrthum auf grobem oder mäßigem Versehen beruht oder unverschuldet gewesen ist. Dieses Ergebniß steht im Einklange mit der Vorschrift des Satz 2. Ein Bedürfniß, in positiver Weise und in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen die Billigung nach dem Vorbilde des dresd. Entw. Art. 641, des bayr. Entw. Art. 519 und des schweiz.

Abnahmepflicht des Bestellers.

Abnahme mit Kenntniß eines Mangels, ohne Vorbehalt.

Bd. Ges. Art. 360 allgemein als einen Verzicht auf das Rügerecht wegen der nicht erkannten, aber bei sorgfältiger (ordnungsmäßiger) Prüfung erkennbar gewesenen, oder mit dem sächs. G. B. §§ 1250, 903 wenigstens als einen Verzicht auf das Rügerecht wegen solcher Mängel zu behandeln, welche bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit erkennbar waren, liegt für den Werkvertrag ebensowenig vor, wie für den Veräußerungsvertrag. Eine solche Normirung unterliegt aber auch den erheblichsten Bedenken. Sie löst den Zweifel nicht, unter welchen Voraussetzungen eine Billigung in dem bezeichneten Sinne im Gegensatze zur bloßen Abnahme oder Annahme anzunehmen ist, wenn man nicht auch in dieser Hinsicht mit dem dresd. Entw. Art. 642, dem bayr. Entw. Art. 517 und dem sächs. G. B. § 1250 (vergl. auch hess. Entw. Art. 234, code civil Art. 1791) zu weiteren positiven Anordnungen schreitet, Anordnungen, welche in vielen Fällen dem Besteller zur größten Beschwerde gereichen können. Bei der Dehnbarkeit und Unbestimmtheit des Begriffes der „Billigung" oder „Gutheißung" kann aber überhaupt nur konkret entschieden werden, was darunter zu verstehen und inwiefern der Besteller durch besondere Billigung oder Gutheißung auf das Rügerecht zu verzichten beabsichtigt und verzichtet hat. Noch mißlicher aber würde es sein, in jeder Annahme, sofern nicht spezielle Vorbehalte gemacht werden, eine wie ein Verzicht auf das Rügerecht wegen der nicht erkannten, aber erkennbar gewesenen Mängel wirkende Billigung zu finden.

Die Vorschrift des Satz 2 bezieht sich nur auf solche Mängel, von denen der Besteller bereits zur Zeit der Abnahme Kenntniß hatte. Eine Bestimmung, daß der Besteller verpflichtet ist, solche Mängel, welche erst nach der Abnahme zu seiner Kenntniß gelangen, dem Uebernehmer sofort nach der Entdeckung anzuzeigen, widrigenfalls er das Recht, dieselben geltend zu machen, verwirkt, ist in dem Entwurfe nicht aufgenommen. Zu einer solchen speziellen, allerdings dem schweiz. Bd. Ges. Art. 361 entsprechenden Anordnung ist ein Bedürfniß nicht anzuerkennen. Es kann der Entscheidung des Richters überlassen werden, ob im konkreten Falle in dem Unterlassen der Anzeige ein Verzicht auf das Rügerecht in Ansehung jener Mängel zu finden ist. Ueberdies schützt den Uebernehmer die in § 571 bestimmte kurze Verjährung in ausreichendem Maße. *Entdeckung von Mängeln nach der Abnahme.*

Anlangend die oben bereits erwähnte in Satz 1 ausgesprochene Abnahmepflicht des Bestellers, so setzt dieselbe voraus, daß das Werk vertragsmäßig hergestellt ist. Ist dies nicht der Fall, so kann er die Abnahme ablehnen und nach § 364 verb. mit § 569 Abs. 1 die Gegenleistung verweigern, bis die Beseitigung des Mangels bewirkt ist. Auf positiver Bestimmung beruht es, wenn nach Satz 2 der Besteller wegen eines den Werth oder die Tauglichkeit nur in unerheblichem Maße verringernden Mangels (vergl. § 569 Abs. 2 Satz 3) die Abnahme nicht soll verweigern können. Zu dieser Bestimmung nöthigen aber dieselben Gründe, welche den Entwurf (§ 569 Abs. 2 Satz 2) veranlaßt haben, dem Besteller wegen eines solchen unerheblichen Mangels den Rücktritt zu versagen. *Ablehnung der Abnahme, bei unerheblichen Mängeln.*

Das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 943—946 enthält noch besondere Vorschriften über ein außergerichtliches Abnahmeverfahren. Diese Vorschriften

haben sich jedoch nicht als praktisch erwiesen und sind deshalb zur Aufnahme nicht zu empfehlen. Ebensowenig ist ein Bedürfniß anzuerkennen, eine dem § 402 oder dem Art. 357 Abs. 2 des schweiz. Bd. Ges. entsprechende Vorschrift aufzunehmen, indem die Bestimmungen der C. P. O. §§ 447—455 über die Sicherung des Beweises für ausreichend zu erachten sind.

Kosten der Uebergabe und Abnahme. Die für den Kauf und nach § 502 auch für den Tausch geltenden Vorschriften des § 466 Abs. 1 über die Tragung der Kosten der Uebergabe bezw. der Abnahme sind in dem Entwurfe auf den Werkvertrag nicht übertragen. Einmal ist die Ausdehnung von nicht erheblicher praktischer Bedeutung; sodann ist sie auch bedenklich, weil bei dem Werkvertrage in manchen Fällen wegen der dem Uebernehmer vor oder bei der Abnahme obliegenden besonderen Leistungen die Beurtheilung sich wesentlich anders gestaltet, als bei dem Kaufvertrage.

§ 573.

Zeit der Entrichtung der Gegenleistung. Die Bestimmung des Abs. 1, daß der Besteller die ihm obliegende Gegenleistung erst nach Herstellung des Werkes, aber bei der Abnahme desselben zu bewirken hat, entspricht in ersterer Beziehung den Vorschriften über den Dienstvertrag, in letzterer Beziehung der für gegenseitige Verträge, insbesondere für Veräußerungsverträge, geltenden Regel, daß Zug um Zug zu erfüllen ist (vergl. die §§ 560, 362, 364). Die Vorschrift des dresd. Entw. Art. 644, daß der Besteller erst nach Ablieferung des Werkes die vereinbarte Vergütung zu entrichten hat (vergl. auch hess. Entw. Art. 215, bayr. Entw. Art. 515; sächs. G. B. § 1246), verdient keine Billigung. Der Uebernehmer ist allerdings, ähnlich wie bei der Miethe der Vermiether und bei dem Dienstvertrage der Dienstverpflichtete, zur Vorleistung verpflichtet. Indessen die Vorleistungspflicht bezieht sich nur auf die Herstellung des Werkes; sie geht nicht so weit, daß der Uebernehmer zugleich verpflichtet ist, das Werk aus der Hand zu geben, bevor er die Gegenleistung empfangen hat. Zur Ausfolgung des Werkes ist er nur Zug um Zug gegen Entrichtung der Gegenleistung verpflichtet; das Gegentheil würde den Uebernehmer in eine schlimme Lage bringen und das ihm zustehende Zurückbehaltungs- bezw. Pfandrecht (§§ 364, 574) verkümmern. Mit der in Abs. 1 vorgeschlagenen Bestimmung steht das schweiz. Bd. Ges. Art. 363 im Einklange. Auch die Vorschrift des preuß. A. L. R. I, 11 § 932 wird von der Doktrin in diesem Sinne ausgelegt. Gemeinrechtlich fehlt es in der hier fraglichen Beziehung an einer besonderen Bestimmung. Theils wird angenommen, daß die Vergütung erst nach der Ablieferung, theils, daß sie bei der Ablieferung zu entrichten ist.

Bei einzeln abzunehmenden Theilen. Die Vorschrift des Abs. 2 enthält eine Anwendung des in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes auf den besonderen Fall, wenn das Werk in Theilen abzunehmen und die Gegenleistung für die einzelnen Theile bestimmt ist (vergl. auch österr. G. B. § 1156; hess. Entw. Art. 215 Abs. 2; sächs. G. B. § 1246; dresd. Entw. Art. 644 Abs. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 363 Abs. 2).

Wegen der Modifikation, welche die Bestimmungen des Abs. 1 und 2 erleiden, wenn der Vertrag nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache,

sondern einen anderweiten durch Arbeits- oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstande hat, vergl. § 579 unter Nr. 2 nebst Motiven.

Verzinsung der Gegenleistung.

Der dritte Absatz des § 573 entscheidet eine gemeinrechtliche, in den neueren Gesetzgebungen übergangene und insbesondere auch auf dem Gebiete des preuß. Rechtes sich wiederholende Streitfrage, indem er die für den Kaufvertrag gegebene Vorschrift des § 467 auf den Werkvertrag ausdehnt, wenn der Besteller als Gegenleistung eine Geldsumme zu zahlen hat. Die Ausdehnung dieser allerdings positiven Vorschrift rechtfertigt sich aus der Verwandtschaft des Werkvertrages mit dem Kaufvertrage.

Aenderungen der Lohn- und Preisverhältnisse.

Nach dem Vorbilde des code civil Art. 1793 enthalten der hess. Entw. Art. 232, der bayr. Entw. Art. 516 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 364 noch die Bestimmung, daß der Uebernehmer, wenn derselbe die Herstellung des Werkes gegen einen bestimmten Lohn übernommen hat, aus dem Grunde, daß der Arbeitslohn oder der Preis der Materialien gestiegen ist, keine Erhöhung des Lohnes beanspruchen kann (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 11 § 927). Eine solche Bestimmung ist jedoch als selbstverständlich und deshalb als entbehrlich erachtet, nicht minder die Vorschrift des Art. 364 Abs. 4 des schweiz. Bd. Ges., daß andererseits der Besteller, auch wenn die Fertigstellung des Werkes weniger Arbeit verursacht hat, als vorgesehen war, den vollen Lohn zu bezahlen verpflichtet ist. Ein Bedürfniß, mit dem schweiz. Bd. Ges. Art. 364 Abs. 3 für den Fall, wenn außerordentliche Umstände, welche nicht vorausgesehen werden konnten, die Fertigstellung des Werkes hindern oder übermäßig erschweren und der Uebernehmer nicht ausdrücklich auch eine solche Gefahr übernommen hat, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen den Richter zu ermächtigen, dem Uebernehmer nach billigem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages zu bewilligen, kann nicht anerkannt werden.

Willkürliche Aenderungen und Zusätze des Uebernehmers.

Ebensowenig liegt ein Bedürfniß vor, den Fall besonders vorzusehen, wenn der Uebernehmer das nach einem vereinbarten Plane herzustellende Werk mit Aenderungen und Zusätzen ausgeführt hat, welche den Werth des Werkes erhöhen. Es versteht sich von selbst, daß der Uebernehmer, welcher mehr oder ein Anderes leistet, als ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden, für diese Leistungen nur insofern eine Vergütung in Anspruch nehmen kann, als die Rechtsnormen über die Geschäftsführung ohne Auftrag einen solchen Anspruch zu rechtfertigen vermögen (vergl. §§ 753, 758). Die Bestimmung des sächs. G. B. § 1245, daß in dem hier fraglichen Falle der Uebernehmer, in Ermangelung einer Genehmigung des Bestellers, Erstattung seiner Verwendungen nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen kann, ist hiernach entbehrlich. Andererseits fehlt es an einem genügenden Grunde, nach dem Vorbilde des code civil Art. 1793 mit dem hess. Entw. Art. 232 Abs. 2, dem bayr. Entw. Art. 516 Abs. 2 und dem dresd. Entw. Art. 645 in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen dem Uebernehmer nur dann einen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen für die Aenderungen und Zusätze zu geben, wenn der Besteller die letzteren genehmigt hat oder, wie der dresd. Entwurf hinzufügt, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu genehmigen verpflichtet ist, dem Uebernehmer also den Anspruch

auf Herausgabe der Bereicherung nach Maßgabe des § 758 überhaupt zu versagen und ihm (mit dem dresd. Entw.) nur das Recht der Wegnahme beizulegen. Eine solche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen wird durch den Zweck jener Bestimmungen, nämlich der Unsitte entgegenzutreten, im Widerspruche mit der Bestellung und zur Belästigung der Besteller durch Zusätze und Aenderungen das Werk zu vertheuern, nicht gerechtfertigt. Der Schutz, welchen in dieser Beziehung die Rechtsnormen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gewähren, ist für ausreichend zu erachten. Jener Gesichtspunkt spricht nur gegen eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen zu Gunsten des Uebernehmers. Die in dieser Beziehung für die Miethe in § 514 und für den Leihvertrag in § 553 Abs. 2 gegebenen, den Miether und den Entleiher günstiger stellenden Vorschriften können hier um so weniger als Vorbild dienen, als die maßgebenden Verhältnisse bei der Miethe und dem Leihvertrage auch sonst verschieden liegen.

§ 574.

Pfandrecht des Uebernehmers.

Die Bestimmung des § 574 ist in Rücksicht auf die Vorschrift des § 41 Nr. 6 der Konk. O., welche durch eine große Zahl von Landesgesetzen auch auf solche Fälle ausgedehnt worden ist, in welchen außerhalb des Konkurses eine Konkurrenz der in § 41 Nr. 6 der Konk. O. bezeichneten Personen mit anderen Gläubigern des Bestellers stattfindet, aus den gleichen Gründen für nöthig befunden, welche für den Pachtvertrag zu der Vorschrift des § 543 geführt haben. In dem Entwurfe ist davon ausgegangen, daß die Vorschrift des § 41 Nr. 6 der Konk. O. auf jeden Werkvertrag, nicht auch auf den Dienstvertrag, sich bezieht und daß es kein Bedenken hat, die Worte der Konk. O. „Künstler, Werkmeister, Handwerker, Arbeiter" durch „Uebernehmer" zu ersetzen.

§ 575.

Unmöglichkeit der Ausführung.

Für den Fall, daß die Ausführung des Werkes durch einen von dem Besteller zu vertretenden Umstand unmöglich gemacht worden ist, braucht, soviel die Ansprüche des Uebernehmers betrifft, besondere Vorsorge nicht getroffen zu werden, da die Vorschriften des § 368 Abs. 2 diesen Fall vollständig decken. Nach dem Vorgange des hess. Entw. Art. 239, des bayr. Entw. Art. 524, 523 und des sächs. G. B. § 1252 bestimmt der dresd. Entw. Art. 646, daß in einem solchen Falle der Uebernehmer Anspruch auf verhältnißmäßige Vergütung der bereits geleisteten Arbeit, auf Ersatz der nicht im Lohne begriffenen Auslagen und auf Vergütung des Gewinnes habe, welchen er aus der Ausführung des Werkes hätte ziehen können (vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 370). Eine derartige Bestimmung, welche den Anspruch des Uebernehmers als einen Schadensersatzanspruch karakterisirt und den Uebernehmer zwingt, die sein Interesse begründenden Thatsachen näher darzulegen und zu beweisen, ist jedoch nicht zu billigen; sie verträgt sich nicht mit den Gründen, auf welchen die Vorschrift des § 368 Abs. 2 beruht.

Auch in Ansehung des Falles, wenn wegen eines in der Person des Bestellers eingetretenen Zufalles die Ausführung des Werkes objektiv unmöglich geworden ist, läßt es der Entwurf bei den allgemeinen Grundsätzen bewenden, welche dahin führen, daß der Uebernehmer in einem solchen Falle kein Recht auf die Gegenleistung hat (vergl. § 368 Abs. 1). Verschiedene neuere Gesetzgebungen folgen allerdings der in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis vielfach vertretenen, von anderen Seiten jedoch bestrittenen Ansicht, daß ein solcher die Ausführung des Werkes unmöglich machender Zufall ähnlich zu beurtheilen sei, wie ein nur subjektives Unvermögen des Bestellers oder wie die von dem Besteller verschuldete objektive Unmöglichkeit (vergl. l. 19 § 9, l. 38 pr. D. loc. 19, 2, l. 10 pr. D. de lege Rhod. 14, 2; österr. G. B. § 1155; sächs. G. B. § 1252; hess. Entw. Art. 239, bayr. Entw. Art. 524, 523, dresd. Entw. Art. 646; H. G. B. Art. 668). Eine solche Gleichstellung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Nach den allgemeinen Bestimmungen über die objektive Unmöglichkeit der Leistung (vergl. § 237) kann die durch einen Zufall in der Person des Bestellers herbeigeführte objektive Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes die Eigenschaft der objektiven Unmögkichkeit dadurch nicht verlieren, daß der Zufall zunächst die Person des Bestellers betroffen hat. Es müssen daher derselben auch alle Wirkungen der objektiven Unmöglichkeit nach Maßgabe des § 368 Abs. 1 beigelegt werden. Dies geschieht mit genügender Deutlichkeit, wenn das Gesetz den gedachten Fall übergeht. Auf diesem Standpunkte steht auch das preuß. Recht (vergl. A. L. R. I, 5 § 364, I, 11 § 886). Einen Mittelweg hat das schweiz. Bd. Ges. Art. 370 Abs. 1 eingeschlagen, indem dasselbe bestimmt, daß, wenn die Vollendung des Werkes durch einen beim Besteller eingetretenen Zufall unmöglich wird, der Uebernehmer Anspruch auf Vergütung der geleisteten Arbeit und der im Lohne nicht begriffenen Auslagen hat. Auch diese Vorschrift ist indessen positiv, da bei dem Werkvertrage die Gegenleistung nicht für die Arbeiten als solche, sondern für das Arbeitsprodukt versprochen wird (vergl. die Motive zu § 567). Aus Billigkeitsrücksichten in dieser Beziehung von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen, empfiehlt sich nicht. Der Uebernehmer kann daher in dem in Rede stehenden Falle nur die Herausgabe der etwaigen Bereicherung nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 742, 744) verlangen. wegen eines Zufalles in der Person des Bestellers.

Einer besonderen Regelung bedarf dagegen der Fall, wenn der Besteller bei dem Beginne oder während der Herstellung des Werkes nur subjektiv verhindert ist, bei der Ausführung des Werkes in der erforderlichen Weise, z. B. durch Lieferung des Stoffes, mitzuwirken und er in Folge dessen nach Maßgabe des § 255 in Annahmeverzug kommt. Für diesen Fall liefern die allgemeinen Grundsätze ein wenig befriedigendes Resultat, indem nach denselben der Uebernehmer dem Besteller gegenüber auf die Rechte des § 261 beschränkt sein würde. Hierin würde aber eine offenbare Unbilligkeit liegen, die sich mit dem bei der Regelung des Annahmeverzuges leitend gewesenen Prinzipe nicht verträgt. Die erforderliche Abhülfe kann andererseits nicht dadurch getroffen werden, daß die für den Dienstvertrag getroffenen Bestimmungen des § 561 für anwendbar erklärt werden; denn der Werkvertrag ist in den maßgebenden Beziehungen, namentlich wegen der Untheilbarkeit des Werkes, ganz anders Annahmeverzug des Bestellers a) bei Beginn oder während der Herstellung des Werkes;

geartet wie der Dienstvertrag. Die neueren Gesetzgebungswerke gewähren über die Behandlung des in Rede stehenden Falles keine sichere Auskunft, indem sie denselben nicht besonders hervorheben; doch wird die im sächs. G. B. § 1252, im hess. Entw. Art. 239, im bayr. Entw. Art. 524, 523 und im dresd. Entw. Art. 646 sich findende Bestimmung, daß der Uebernehmer, wenn die Ausführung des Werkes durch einen in der Person des Bestellers eingetretenen Zufall verhindert wird, Anspruch auf einen den bereits geleisteten Arbeiten entsprechenden Theil des bedungenen Lohnes und Ersatz der nicht schon in dem Lohne begriffenen Auslagen und auf Vergütung des durch die Nichtausführung des Werkes entgangenen Gewinnes hat, auch auf den Fall zu beziehen sein, in welchem die Ausführung des Werkes deshalb unterbleibt, weil der Besteller durch Zufall nur subjektiv verhindert ist, in der erforderlichen Weise bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken. Ungedeckt bleiben aber durch jene Bestimmung die Fälle, in welchen die subjektive Verhinderung des Bestellers nur eine vorübergehende ist und durch diese Verhinderung die Ausführung des Werkes nicht überhaupt gehindert wird. Durch die Bestimmung des § 575 wird das Interesse beider Theile in angemessener Weise gewahrt, zumal nach § 578 der Besteller jederzeit von dem Vertrage zurücktreten und sich dadurch gegen die ihn nach § 575 während der Dauer des Verzuges treffenden Nachtheile schützen kann, wenn die Verhinderung voraussichtlich von längerer Dauer sein sollte und er deshalb der Gefahr ausgesetzt ist, daß die nach § 575 mit dem Verzuge für ihn verbundenen Nachtheile größer sind, als diejenigen, welche ihn nach § 578 im Falle des Rücktrittes vom Vertrage treffen. Dem Uebernehmer im Falle des Annahmeverzuges des Bestellers außer dem Anspruche auf eine angemessene Vergütung noch ein Rücktrittsrecht oder ein Recht auf Befreiung von der nachträglichen Ausführung des Werkes beizulegen, würde im Hinblicke darauf, daß der Werkvertrag an und für sich und im Zweifel kein Fixgeschäft ist und der Annahmeverzug nach den Bestimmungen des Entwurfes (vergl. §§ 254—256) ein Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt, eine ungerechtfertigte Härte gegen den Besteller sein.

Angemessene Vergütung;

Unmöglichkeit der Ausführung;

Ist die Ausführung des Werkes, nachdem der Besteller in Annahmeverzug gekommen, unmöglich geworden, so finden alsdann die allgemeinen Vorschriften des § 368 Abs. 2 Anwendung. Eine besondere Regelung des Falles, wenn während des Annahmeverzuges das theilweise hergestellte Werk durch einen Zufall untergeht, ohne daß dadurch eine Neubeschaffung des Werkes unmöglich wird, ist nicht für erforderlich erachtet. Es entscheiden daher in dieser Beziehung die allgemeinen Vorschriften über den Annahmeverzug in Verbindung mit den besonderen Vorschriften über den Werkvertrag (vergl. §§ 575, 261).

Verschulden;

Ob der Annahmeverzug des Bestellers auf einem Verschulden desselben beruht oder nicht, ist nach den Bestimmungen des Entwurfes auf die Folgen des Annahmeverzuges als solchen ohne Einfluß. Ist jedoch der Annahmeverzug ein verschuldeter, so kann mit demselben ein Erfüllungsverzug des Bestellers konkurriren, wenn derselbe nach dem Inhalte des Vertrages dem Uebernehmer gegenüber (als Schuldner) verpflichtet ist, in der erforderlichen Weise bei der Ausführung des Werkes mitzuwirken. In einem solchen Falle werden außer den Vorschriften über den Annahmeverzug die allgemeinen Grundsätze

über die Folgen des Erfüllungsverzuges (vergl. § 369 Abs. 2) anwendbar. Dieser Fall braucht bei der Bestimmung des § 575 daher nicht besonders berücksichtigt zu werden.

b) nach Vollendung des Werkes ꝛc.

Ebenso genügen für den Fall, wenn der Besteller nach der Vollendung des Werkes in Annahmeverzug kommt, die allgemeinen Grundsätze, indem bei jener Voraussetzung das Rechtsverhältniß sich ebenso einfach und in gleicher Art gestaltet, wie bei dem Annahmeverzuge des Käufers. Ist das vollendete Werk oder ein selbständig abzunehmendes Theilwerk im Sinne des § 573 Abs. 2, nachdem der Besteller in Verzug der Annahme gekommen, untergegangen, so ist die besondere Bestimmung des § 576 Satz 2 maßgebend (vergl. zu § 576).

§ 576.

Gefahr.

Der § 576 entscheidet die wichtige, gemeinrechtlich sehr bestrittene Frage, ob der Uebernehmer oder der Besteller die Gefahr zu tragen hat, wenn das Werk vor dessen Vollendung oder zwar nach der Vollendung, aber vor erfolgter Abnahme zufällig untergegangen oder verschlechtert ist. Auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes bestehen in dieser Hinsicht hauptsächlich drei Ansichten. Nach der einen Ansicht geht, abgesehen von dem Falle des Annahmeverzuges, die Gefahr erst mit der Approbation auf den Besteller über; doch machen einzelne Vertreter dieser Ansicht von jener Regel eine Ausnahme für den Fall, daß das Werk, mag dasselbe bereits vollendet oder noch in der Entstehung begriffen sein, vor der Approbation durch höhere Gewalt zu Grunde gegangen ist, indem sie in einem solchen Falle dem Uebernehmer, vorausgesetzt, daß das Werk an sich zur Approbation geeignet war, den Anspruch auf die volle Gegenleistung bezw. auf einen verhältnißmäßigen Theil derselben geben. Eine andere Ansicht betrachtet grundsätzlich die Vollendung des Werkes als den entscheidenden Zeitpunkt und versagt deshalb dem Uebernehmer den Anspruch auf theilweisen Lohn, wenn das Werk vor der Vollendung zufällig untergegangen ist, während, wenn der zufällige Untergang nach der Vollendung, obgleich vor der Approbation, eingetreten ist, nach dieser zweiten Ansicht der Uebernehmer die volle Gegenleistung verlangen kann, sofern nur das Werk abnahmefähig war. Eine dritte Ansicht geht dahin, daß nach Analogie der für die Dienstmiethe geltenden Vorschriften der Uebernehmer auch dann, wenn das Werk vor seiner Vollendung zu Grunde gegangen ist, für den in vertragsmäßiger Beschaffenheit hergestellten Theil desselben verhältnißmäßige Vergütung beanspruchen könne (vergl. l. 10 pr. D. de lege Rhodia 14, 2; l. 15 § 6, ll. 36, 37, 62, 59, 33 D. loc. 19, 2). Die zuletzt erwähnte Ansicht hat in keinem der neueren Gesetzgebungswerke Anerkennung gefunden. Der zweiten Ansicht sind der hess. Entw. Art. 240, 241 und das sächs. G. B. § 1249 gefolgt. Dagegen haben das preuß. A. L. R. I, 11 § 960, das österr. G. B. § 1157, der code civil Art. 1790, das schweiz. Bd. Ges. Art. 367, der bayr. Entw. Art. 526 und der dresd. Entw. Art. 639 im Einklange mit der ersten Ansicht den strengeren Grundsatz gebilligt, daß der Uebernehmer bis zur Uebergabe (Ablieferung, Gutheißung) die Gefahr des zufälligen Unterganges des Werkes zu

Geltendes Recht.

tragen hat. Eine, ihrem Umfange nach übrigens bestrittene, Ausnahme macht das preuß. A. L. R. I, 11 § 967 jedoch bei Bauten.

Entwurf: Untergang des Werkes a) vor Abnahme

Dem Standpunkte der zuletzt gedachten Gesetzgebungswerke hat auch der Entwurf sich angeschlossen. Geht man mit dem Entwurfe davon aus, daß bei dem Werkvertrage die Vergütung nicht für die Arbeit als solche, sondern für die Herstellung eines Arbeitsproduktes versprochen wird (vergl. zu § 567), so kann wegen der Vorleistungspflicht des Uebernehmers (§ 573 Abs. 1 und 2, § 364) bezw. im Hinblicke auf die Bestimmung des § 368 Abs. 1 der Grundsatz, daß der Uebernehmer keinen Anspruch auf die Gegenleistung erheben kann, mithin die Gefahr zu tragen hat, wenn das Werk vor der Vollendung durch Zufall zu Grunde gegangen ist, als selbstverständlich bezeichnet werden.

α. durch Zufall;

Weniger selbstverständlich erscheint dagegen der Grundsatz, daß die Vorleistungspflicht des Uebernehmers nicht schon mit der Vollendung des Werkes, sondern erst mit der Abnahme desselben erfüllt ist und demzufolge der Uebernehmer bis zur Abnahme die Gefahr zu tragen hat.

Gefahr des Uebernehmers,

Zwar kann auch dieser Grundsatz aus dem Wesen des Werkvertrages und den allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden. Allein bei der großen Wichtigkeit der Frage und mit Rücksicht auf die in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis über das Wesen des Werkvertrages und speziell über die hier in Rede stehende Frage herrschenden Meinungsverschiedenheiten darf das Gesetz in der fraglichen Beziehung sich nicht schweigend verhalten. Rathsam ist es ferner, dem ersten Theile des ersten Satzes des § 576 die Vorschrift folgen zu lassen, daß der Besteller die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des von ihm zur Herstellung des Werkes beschafften Stoffes zu tragen hat;

hinsichtlich des von ihm beschafften Stoffes;

denn wenn diese Vorschrift auch an und für sich selbstverständlich ist, so wird doch ihre Aufnahme wegen des vorhergehenden Grundsatzes zur Vermeidung eines nicht fernliegenden Mißverständnisses, sowie zur völligen Klarstellung, daß der Uebernehmer auf die Gegenleistung keinen Anspruch hat, Bedürfniß (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 11 §§ 959, 936; österr. G. B. § 1157; schweiz. Bd. Ges. Art. 367 Abs. 2). Die Nichtberechtigung zur Gegenleistung etwa durch Verweisung auf § 368 Abs. 1 noch weiter zu verdeutlichen, ist entbehrlich. Eine solche Verweisung würde überdies bedenklich sein, weil daraus der Satz hergeleitet werden könnte, daß der Uebernehmer zu einer neuen Ausführung oder Wiederherstellung des Werkes, auch wenn dieselbe an sich möglich sein sollte, niemals verpflichtet sei. Ob eine solche Verpflichtung besteht oder nicht, läßt bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Fälle eine allgemeine Entscheidung durch das Gesetz überhaupt nicht zu (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 963, 964).

bei Annahmeverzug des Bestellers;

Von der im § 576 Satz 1 ausgesprochenen Regel macht der zweite Satz des Paragraphen im Einklange mit dem geltenden Rechte (vergl. l. 36 D. loc. 19, 2; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 939, 940; code civil Art. 1790; schweiz. Bd. Ges. Art. 367 Abs. 1; hess. Entw. Art. 241) eine Ausnahme für den Fall, wenn der Besteller nach der Vollendung des Werkes in Verzug der Annahme kommt. In diesem Falle muß die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung des Werkes auf den Besteller übergehen. Den im § 576 Satz 1 ausgesprochenen Grundsatz weiter dadurch zu modifiziren,

daß die im § 465 für den Kauf getroffene Bestimmung auch auf den Werkvertrag für entsprechend anwendbar erklärt würde, ist nicht als angemessen erachtet. Der § 465 Abs. 1 enthält eine positive Vorschrift, die sich aus der rechtsgeschichtlichen Entwickelung der für die Tragung der Transportgefahr bei dem Kaufe, insbesondere dem handelsrechtlichen Kaufe, maßgebenden Rechtsnormen und der auf das geltende Recht zu nehmenden Rücksicht erklärt. Sie auf den Werkvertrag auszudehnen, ist um so bedenklicher, als die Abnahme des Werkes, mindestens in vielen Fällen, von größerer Bedeutung ist, als der Uebergabe der gekauften Sache regelmäßig zukommt. Die Ausdehnung führt zu einer Erschütterung des Prinzipes, daß der Uebernehmer die Gefahr nicht blos bis zur Vollendung, sondern bis zur Abnahme des Werkes trägt. Für die Ausdehnung kann zwar der bei anderen Gelegenheiten von dem Entwurfe berücksichtigte Grund angeführt werden, daß es oft schwer fällt, den Werkvertrag von dem Veräußerungsvertrage zu unterscheiden. Indessen darf dieser Grund nicht den Ausschlag geben, sobald es sich um ein Prinzip handelt, dessen Uebertragung auf den Werkvertrag sich mit dessen Wesen schwer verträgt und in dem geltenden Rechte und in den modernen Kodifikationen, soviel ersichtlich, keinen Vorgang hat.

Verschiedene neuere Gesetzgebungswerke berücksichtigen noch besonders den Fall, wenn das Werk vor der Abnahme (vor der Ablieferung und Gutheißung) in Folge eines von dem Uebernehmer zu vertretenden Umstandes, insbesondere in Folge eines bei der Ausführung des Werkes von dem Uebernehmer verschuldeten Fehlers, untergegangen ist, indem sie bestimmen, daß in einem solchen Falle der Uebernehmer weder Zahlung des Lohnes noch Erstattung seiner Auslagen verlangen könne und überdies dem Besteller wegen alles aus dem Untergange des Werkes entstandenen Schadens hafte (vergl. sächs. G. B. § 1248 Satz 2; hess. Entw. Art. 242 Abs. 3, bayr. Entw. Art. 528, dresd. Entw. Art. 648). Eine derartige Bestimmung ist entbehrlich, da die allgemeinen Grundsätze über die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung bezw. über die Folgen der Nichtleistung und des Verzuges zu einem sachgemäßen Ergebnisse führen (vergl. die §§ 369, 364). Ob, wenn eine neue Ausführung des Werkes an sich möglich ist, der Uebernehmer das Recht und die Pflicht hat, ein neues Werk an Stelle des untergegangenen herzustellen, hängt von dem besonderen Inhalte des Vertrages ab. Die nach dem Vorbilde des sächs. G. B. § 1248 Satz 2 und des hess. Entw. Art. 242 Abs. 3 in dem dresd. Entw. Art. 648 aufgenommene positive Vorschrift, daß der Untergang des Werkes in Folge eines Mangels des von dem Uebernehmer gelieferten Materiales, auch wenn ein Verschulden des Uebernehmers nicht vorliegt, ebenso beurtheilt werden soll, als habe der letztere den Untergang verschuldet, ist, weil sie hart und ungerecht ist, nicht zu billigen (vergl. auch bayr. Entw. Art. 528 Abs. 2). Auch der Fall, wenn der Untergang des Werkes durch einen von dem Besteller zu vertretenden Umstand herbeigeführt ist, braucht nicht besonders vorgesehen zu werden. Es genügen in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die Bestimmungen über die Folgen der Unmöglichkeit der Leistung, welche in einem von dem Gläubiger zu vertretenden Umstande ihren Grund hat (§ 368 Abs. 2), sowie die Bestimmungen über die Folgen verschuldeter Nichterfüllung der Verbindlich-

β. durch Schuld des Uebernehmers,

des Bestellers;

keiten, falls das Verschulden des Bestellers sich zugleich als Verletzung einer ihm obliegenden Vertragspflicht darstellt (§ 369 Abs. 1). Auch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 705) können geeignetenfalls anwendbar werden. Inwiefern in dem bezeichneten Falle der Untergang des Werkes den Uebernehmer berechtigt bezw. verpflichtet, ein neues Werk herzustellen gegen die Verpflichtung des Bestellers, für dieses von Neuem die Gegenleistung zu entrichten, kann wegen Verschiedenheit der Fälle auch hier nur konkret entschieden werden.

b) nach der Abnahme,

Selbstverständlich und deshalb entbehrlich ist ferner die aus dem bayr. Entw. Art. 529 Abs. 1 in den dresd. Entw. Art. 650 übernommene Bestimmung, daß der Besteller, wenn das Werk nach der Abnahme (nach der Ablieferung und Gutheißung) durch Zufall zu Grunde gegangen ist, den hierdurch entstandenen Schaden zu tragen und dem Uebernehmer die vereinbarte Vergütung zu entrichten hat; denn der Uebernehmer hat in diesem Falle seinerseits erfüllt (vergl. § 364).

in Folge von Mängeln;

Nicht minder selbstverständlich ist, daß, wenn das Werk nach der Abnahme in Folge eines Mangels der im § 569 Abs. 1 bezeichneten Art untergegangen oder verschlechtert ist, der Besteller nach Maßgabe des § 569 Abs. 2, 3, des § 572 Satz 2 und des § 367 die im § 569 Abs. 2, 3 bezeichneten Rechte gegen den Uebernehmer ebenso geltend machen kann, wie in anderen Fällen, in welchen das Werk in Folge eines von dem Besteller nicht zu vertretenden Umstandes untergegangen oder verschlechtert ist (§ 429). Eine hierauf bezügliche Vorschrift, wie sie der bayr. Entw. Art. 529 Abs. 2 und der dresd. Entw. Art. 651 haben, ist daher entbehrlich.

Ueber die Modifikation, welche die Bestimmungen des § 576 in den Fällen erleiden, wenn der Werkvertrag nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache zum Gegenstande hat, vergl. § 579 unter Nr. 1 nebst Motiven.

§ 577.

Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes ꝛc.: α. Untergang des Werkes,

Der § 577 befaßt sich mit dem Falle, wenn das Werk vor der Abnahme in Folge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge der von demselben vorgeschriebenen Ausführungsweise zu Grunde gegangen ist. Bei der Voraussetzung, daß weder dem einen noch dem anderen Theile ein Verschulden zur Last zu legen ist, würde in einem solchen Falle in Ermangelung einer besonderen Vorschrift nach § 368 Abs. 1, aber auch nach § 573 Abs. 1, 2 der zur Vorleistung verpflichtete Uebernehmer weder auf die ganze Gegenleistung, noch auf einen Theil derselben Anspruch haben. Im Einklange mit den meisten neueren Kodifikationen (vergl. sächs. G. B. § 1248 Satz 1; hess. Entw. Art. 242, bayr. Entw. Art. 527, dresd. Entw. Art. 647; schweiz. Bd. Ges. Art. 368) bestimmt jedoch der § 577 aus Billigkeitsrücksichten insofern das Gegentheil, als er dem Uebernehmer einen verhältnißmäßigen Theil der Gegenleistung zugesteht. In der Begünstigung des Uebernehmers noch weiter zu gehen und dem letzteren im Anschlusse an eine für das

Recht des Uebernehmers auf Gegenleistung;

gemeine Recht vertretene, indessen bestrittene Ansicht (l. 62 D. loc. 19, 2), den Anspruch auf die volle Gegenleistung, jedoch nach Abzug der ersparten Aufwendungen und der durch die freigewordene Arbeitskraft erlangten Vortheile, zu geben, liegt kein Grund vor.

Die angeführten neueren Gesetzgebungswerke berücksichtigen nur den Fall, wenn das Werk aus einem der in § 577 bezeichneten Gründe untergegangen ist. Es erscheint aber unbedenklich, die für diesen Fall bestimmte Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen auch auf den Fall auszudehnen, wenn die Ausführung des Werkes aus einem jener Gründe unmöglich geworden ist. Diese Ausdehnung ist vorzugsweise von Bedeutung, wenn das Material untergeht u. s. w., bevor der Uebernehmer mit der Herstellung noch begonnen hat und bevor noch ein Theilwerk vorliegt. β. Unmöglichkeit der Leistung.

Ob in den Fällen des § 577, wenn eine neue Ausführung des Werkes möglich, der Uebernehmer verpflichtet und berechtigt ist, ein neues Werk gegen eine nochmalige Vergütung herzustellen, hängt, wie in dem Falle des § 576 Satz 1 und den übrigen in den Motiven zu § 576 gedachten Fällen von dem besonderen Inhalte des Vertrages ab.

Ist das Werk aus einem der in § 577 bezeichneten Gründe nach der Abnahme untergegangen, so hat der Uebernehmer ohnehin zweifellos auf die volle Gegenleistung Anspruch (vergl. § 576). Dies braucht daher nicht besonders bestimmt zu werden. Untergang nach Abnahme.

Wie oben bereits hervorgehoben wurde und die Fassung des § 577 ergiebt, bezieht sich der § 577 nur auf den Fall, wenn der Untergang des Werkes oder die Unmöglichkeit der Ausführung desselben nicht in einem von dem Besteller oder dem Uebernehmer zu vertretenden Umstande sich gründet. Ist das Gegentheil der Fall, so sind die allgemeinen Grundsätze maßgebend, aber auch ausreichend (vergl. oben zu § 576; schweiz. Bd. Ges. Art. 368 Abs. 2). Verschulden der Betheiligten.

Von der Bestimmung, daß der Uebernehmer einen verhältnißmäßigen Theil der Gegenleistung verlangen kann, wenn das Werk aus einem der in § 577 bezeichneten Gründe untergegangen ist, machen verschiedene neuere Gesetzgebungswerke für den Fall eine Ausnahme, wenn sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem von dem Besteller dazu gelieferten Stoffe gezeigt oder sich Verhältnisse ergeben haben, welche die Ausführung des Werkes nach den von dem Besteller gegebenen Weisungen gefährden und der Uebernehmer es unterlassen hat, dem Besteller ohne Verzögerung davon Anzeige zu machen (vergl. dresd. Entw. Art. 647 verb. mit Art. 639; sächs. G. B. § 1248 Satz 1, schweiz. Bd. Ges. Art. 368 Abs. 1 verb. mit Art. 356). Andere Gesetzgebungswerke versagen dem Uebernehmer jeden Anspruch auf Vergütung schon dann, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat, obwohl er bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt den Fehler des Stoffes hätte erkennen können (vergl. österr. G. B. §§ 1157, preuß. A. L. R. I, 11 §§ 957, 958). Noch weiter geht der bayr. Entw. Art. 527, welcher den Anspruch des Uebernehmers auf Vergütung ausschließt, wenn derselbe den Mangel bei gehöriger Sorgfalt zu erkennen vermochte und versäumte, den Besteller rechtzeitig auf den Mangel aufmerksam zu machen. Eine ähnliche Bestimmung enthält der hess. Entw. Prüfungspflicht des Uebernehmers.

Art. 242. Im gemeinen und franz. Rechte finden sich in der hier fraglichen Beziehung besondere Bestimmungen nicht. Wie die Motive zu § 570 ergeben, hat der Entwurf es abgelehnt, die Prüfungspflicht des Uebernehmers in Ansehung des von dem Besteller beschafften Materiales und der von demselben vorgeschriebenen Ausführungsweise in dem Gesetze zu regeln. Es muß deshalb auch bei der Bestimmung des § 577 der Fall übergangen werden, wenn der Uebernehmer bei der Prüfung des Materiales oder der Ausführungsweise gefehlt hat. Aus der Uebergehung ergiebt sich keineswegs eine Unvollständigkeit des Gesetzes, da, wenn der Uebernehmer bei der ihm obliegenden Prüfung ein vertretbares Versehen begangen hat, ein nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilender verschuldeter Untergang des Werkes vorliegt, die positive Vorschrift des § 577, welche sich nur auf den zufälligen Untergang bezieht, folglich außer Anwendung bleiben muß.

§ 578.

Rücktritt des Bestellers.

Geltendes Recht.

Gemeinrechtlich ist bestritten, ob der Besteller durch seinen einseitigen willkürlichen Rücktritt die Aufhebung des Werkvertrages mit der Wirkung herbeiführen kann, daß der Uebernehmer Anspruch auf die volle Gegenleistung hat, jedoch nach Abzug der durch den Rücktritt ersparten Aufwendungen und der in Folge des Rücktrittes durch die freigewordene Arbeitskraft erlangten Vortheile, daß aber andererseits der Uebernehmer die Arbeit nicht beginnen oder fortsetzen darf, ohne sich für den daraus entstehenden Schaden dem Besteller verantwortlich zu machen, namentlich für den Schaden, welcher dem letzteren daraus erwächst, daß er trotz des erklärten Rücktrittes noch die von dem Besteller gelieferten Materialien oder die von demselben gemachten Vorschüsse zur Ausführung des Werkes verwendet. Diejenigen, welche ein solches unbeschränktes Rücktrittsrecht anerkennen, gründen dasselbe theils auf die Analogie des Mandates, theils auf die l. 60 § 4 D. loc. 19, 2, theils auf das freie Verfügungsrecht des Bestellers über seine Sachen, theils leiten sie dasselbe daraus ab, daß dem Uebernehmer nach dem Vertrage ein Recht auf die Ausführung des Werkes überhaupt nicht zustehe. Die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller erkennen jedoch ein solches Rücktrittsrecht des Bestellers für das gemeine Recht nicht an oder erwähnen ein solches wenigstens nicht.

Auch auf dem Gebiete des preuß. Rechtes gehen die Ansichten darüber auseinander, ob dem Besteller ein willkürliches Rücktrittsrecht zustehe. Obgleich nach A. L. R. I, 5 § 412 die für andere Verträge über Handlungen geltenden Bestimmungen des A. L. R. I, 5 §§ 408 ff., I, 11 § 878 auf den Werkvertrag keine Anwendung finden sollen, wird doch in der Doktrin die Ansicht vertreten, daß, da die Arbeit nur im Interesse des Bestellers geschehe und der Uebernehmer daher kein Recht auf die Ausführung habe, der Besteller, solange das Werk nicht vollendet sei, die Herstellung desselben durch seine Anweisungen inhibiren könne, in welchem Falle er dem Uebernehmer freilich zu voller Entschädigung verpflichtet sei (Entsch. d. R. O. H. G. XI, 51 S. 158).

Dem österr. G. B. § 1160 und dem hess. Entw. ist das in Rede stehende Rücktrittsrecht unbekannt, dagegen haben nach dem Vorgange des code civil

Art. 1794 der bayr. Entw. Art. 523, das sächs. G. B. § 1252, der dresd. Entw. Art. 654 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 369 die Bestimmung aufgenommen, daß der Besteller, solange das Werk unvollendet ist, gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeiten und gegen volle Entschädigung des Uebernehmers jederzeit von dem Vertrage zurücktreten kann (vergl. auch hess. G. B. Art. 581—588).

Der Entwurf ist dem Prinzipe der zuletzt gedachten Gesetzgebungen gefolgt. Dasselbe entspricht der modernen Rechtsentwickelung und den Eigenthümlichkeiten des Werkvertrages; es trägt den Interessen des Bestellers, der, wenn nicht allein, so doch vorzugsweise ein Interesse an der Ausführung des Werkes hat, insbesondere den Veränderungen in den persönlichen Verhältnissen des Bestellers, Rechnung, ohne andererseits gegen den Uebernehmer unbillig und ungerecht zu sein, da letzterer dadurch vollständig schadlos gehalten wird, daß ihm der Anspruch auf die Gegenleistung nach Maßgabe des § 368 Abs. 2 verbleibt. Nach dem Vorgange der neueren Gesetzgebungswerke dem Uebernehmer in dem hier in Rede stehenden Falle einen Anspruch auf Schadensersatz zu geben, verträgt sich nicht mit den Gründen, auf welchen die Bestimmung des § 368 Abs. 2 beruht. Entwurf: Freies Rücktrittsrecht; Recht des Uebernehmers auf Gegenleistung.

In Anlehnung an die, übrigens in mehrfacher Hinsicht verschieden ausgelegte l. 60 § 4 D. loc. 19, 2, enthalten mehrere neuere Gesetzgebungswerke die Bestimmung, daß der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeiten und gegen Ersatz der nicht schon im Lohne begriffenen Auslagen von dem Vertrage zurücktreten kann, wenn der Vertrag auf Grund eines von dem Uebernehmer ohne Gewährleistung für die Richtigkeit aufgestellten Kostenanschlages geschlossen ist und sich ergiebt, daß die Kosten erheblich zu gering oder, wie einzelne neuere Entwürfe bestimmen, um ein Zehntheil zu gering angeschlagen sind (vergl. sächs. G. B. § 1253; hess. Entw. Art. 238, bayr. Entw. Art. 522, dresd. Entw. Art. 653). Der hess. Entw., der bayr. Entw. und der dresd. Entw. a. a. O. fügen hinzu, daß der Anspruch des Uebernehmers auf Vergütung der geleisteten Arbeiten und auf Ersatz der Auslagen ausgeschlossen sei, wenn derselbe sich bei dem Kostenanschlage einer Arglist oder einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe. Auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 366 räumt dem Besteller das Recht ein, sowohl während als nach der Ausführung des Werkes den Vertrag aufzuheben, wenn ein mit dem Uebernehmer verabredeter ungefährer Ansatz ohne Zuthun des Bestellers unverhältnißmäßig überschritten wird. Bei Bauten, welche auf Grund und Boden des Bestellers errichtet werden, soll dieser eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen oder, wenn der Bau noch nicht vollendet ist, gegen billigen Ersatz der bereits ausgeführten Arbeiten dem Uebernehmer die Fortführung des Werkes entziehen und vom Vertrage zurücktreten können. Das österr. G. B. und der code civil haben sich in der hier fraglichen Beziehung jeder besonderen Bestimmung enthalten, ebenso das preuß. A. L. R.; doch erkennt die Doktrin auch für das preuß. Recht den Satz an, daß der Besteller von dem Vertrage zurücktreten kann, wenn der Uebernehmer den Kostenanschlag überschreitet oder doch in erheblichem Maße überschreitet. Der Schwerpunkt der dem Besteller ein Rücktrittsrecht wegen Ueberschreitung des Kosten- Rücktritt wegen Ueberschreitung des Kostenanschlages.

anschlages einräumenden Bestimmungen liegt darin, daß nach denselben das Rücktrittsrecht eintritt, auch wenn der Uebernehmer schuldfrei ist. Diese Vorschrift enthält eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, nach welchen ein Irrthum in den Motiven keine Berücksichtigung verdient (§ 102). Zu einer solchen Abweichung fehlt es, obschon anzuerkennen ist, daß der in Rede stehende Fall in der Praxis häufig sich zuträgt, und daß der Nachweis eines dem Uebernehmer zur Last fallenden Versehens oft nur schwer zu führen ist, doch an ausreichenden Gründen. Für den Fall aber, wenn der Uebernehmer bei der Anfertigung des Kostenanschlages sich eines Versehens schuldig gemacht hat, bedarf es keiner Bestimmung, weil, wenn man — wie doch nothwendig geschehen muß — ein Vertragsverhältniß unterstellt, auf Grund dessen die Anfertigung des Anschlages erfolgt, die allgemeinen Grundsätze über die Folgen verschuldeter Nichterfüllung der Verbindlichkeiten ausreichen (§ 224 Abs. 1 Satz 2, §§ 144, 369 Abs. 1). Andererseits liegt bei jener Unterstellung kein einleuchtender Grund vor, mit dem hess. Entw. Art. 238 Abs. 3, dem bayr. Entw. Art. 522 Abs. 2 und dem dresd. Entw. Art. 653 Abs. 2 den Uebernehmer nur insofern wegen Schadensersatzes für haftbar zu erklären, als er bei Anfertigung des Anschlages vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit gefehlt hat.

Regelung nach allgemeinen Grundsätzen.

Für das gemeine Recht wird die Ansicht vertreten, daß die für die Sachmiethe geltenden Bestimmungen über das einseitige Rücktrittsrecht des Vermiethers und des Miethers, wie auf die Dienstmiethe, so auch auf den Werkvertrag entsprechend anwendbar seien; doch besteht unter den Vertretern dieser Ansicht kein Einverständniß darüber, inwieweit jene Bestimmungen sich zu einer entsprechenden Anwendung bei dem Werkvertrage eignen. Nach dem sächs. G. B. § 1243 Satz 2 verb. mit den §§ 1241, 1242 und nach dem dresd. Entw. Art. 636 verb. mit Art. 630, 631 finden in dieser Beziehung die Vorschriften über den Dienstvertrag Anwendung (vergl. auch österr. G. B. § 1160). In dem Entwurfe ist davon ausgegangen, daß es an einem Bedürfnisse fehlt, dem Besteller ein weiteres Rücktrittsrecht beizulegen, als aus den allgemeinen Grundsätzen (§§ 361, 369) und den besondern Vorschriften der §§ 569, 578 sich ergiebt. Nicht minder fehlt es an zureichenden Gründen, dem Uebernehmer über die allgemeinen Grundsätze hinaus ein Rücktrittsrecht zu gewähren. Die Analogie der für die Miethe in § 528 und für den Dienstvertrag in § 566 enthaltenen Bestimmungen trifft nicht zu, weil bei dem Werkvertrage die maßgebenden Verhältnisse sich verschieden gestalten und mehr denjenigen verwandt sind, welche bei dem Veräußerungsvertrage hervortreten.

Tod a) des Uebernehmers,

Anlangend den Einfluß des Todes des Uebernehmers oder Bestellers auf den Fortbestand des Werkvertrages, so bestimmt der code civil Art. 1795, daß der Werkvertrag mit dem Tode des Uebernehmers endigt (vergl. auch sächs. G. B. § 1243 Satz 2 verb. mit § 1232; preuß. A. L. R. I, 5 § 416 verb. mit I, 11 § 928). Andere Gesetzgebungswerke enthalten die Bestimmung, daß der Werkvertrag mit dem Tode des Uebernehmers endigt, wenn mit Rücksicht auf dessen persönliche Eigenschaften das Werk bestellt ist (österr. G. B. § 1162; hess. Entw. Art. 245, dresd. Entw. Art. 652; schweiz. Bd. Ges. Art. 371). Dem Tode des Uebernehmers stellt das schweiz. Bd. Ges. a. a. O. den Fall gleich, wenn

der Uebernehmer ohne seine Schuld zur Ausführung des Werkes unfähig wird. Nach dem bayr. Entw. Art. 531 steht es dem Besteller und dem Erben des Uebernehmers frei, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn bei der Bestellung auf die Persönlichkeit des Uebernehmers Rücksicht genommen ist.

Wie in den Motiven zum § 567 bereits hervorgehoben wurde, läßt sich darüber, ob der Uebernehmer das Werk in Person auszuführen hat, eine gesetzliche Regel nicht aufstellen. Ist aber nach den konkreten Umständen die Frage zu bejahen, so erscheint es nach § 292 selbstverständlich, daß der Werkvertrag mit dem Tode des Uebernehmers endigt; es ist deshalb eine besondere Bestimmung entbehrlich. Da die Ausführung des Werkes in einem solchen Falle unmöglich geworden ist, so haben wegen der Untheilbarkeit des Werkes die Erben des Uebernehmers auch keinen Anspruch auf verhältnißmäßige Vergütung der bereits geleisteten Arbeiten, soweit nicht etwa ein Theilwerk im Sinne des § 573 Abs. 2 vorliegt (vergl. § 368 Abs. 1; Motive zu § 575). Ein ausreichender Grund, in diesem speziellen Falle von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen und mit dem hess. Entw. Art. 245 Abs. 2 den Erben des Uebernehmers das Recht zuzugestehen, einen der bereits geleisteten Arbeit entsprechenden Theil des bedungenen Lohnes und Ersatz der nicht schon in dem letzteren begriffenen Auslagen zu fordern (vergl. auch preuß. A. L. R. I, 5 §§ 419 ff.), oder nach dem Vorgange des code civil Art. 1796 und des schweiz. Bd. Ges. Art. 371 den Besteller für verpflichtet zu erklären, den bereits ausgeführten Theil des Werkes, soweit dieser für ihn brauchbar ist, anzunehmen und nach Verhältniß zu bezahlen, liegt nicht vor. Die Erben des Uebernehmers können daher nur die Herausgabe der etwaigen Bereicherung nach Maßgabe der Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung verlangen (§§ 742, 744). Was nach Vorstehendem im Falle des Todes des Uebernehmers gilt, findet in gleicher Weise dann Anwendung, wenn der Uebernehmer zur Ausführung des Werkes dauernd unfähig wird.

Ist die Werkbestellung ohne Rücksicht auf die persönlichen Eigenschaften des Uebernehmers erfolgt, so ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Tod oder die Unfähigkeit desselben auf den Fortbestand des Werkvertrages ohne Einfluß. Für die aus dem hess. Entw. Art. 246 und dem bayr. Entw. Art. 531 in den dresd. Entw. Art. 652 Abs. 2 übergegangene positive Bestimmung, daß die Erben des Uebernehmers das Recht haben sollen, von dem Vertrage einseitig abzugehen, fehlt es an zureichenden Gründen.

b) des Bestellers.

Stirbt der Besteller, so endigt der Werkvertrag nur dann, wenn nach dem Inhalte des Vertrages die Leistung des Uebernehmers an die Person des Bestellers geknüpft ist (§ 292). Da in einem solchen Falle die Leistung durch Zufall objektiv unmöglich geworden ist, so hat der Uebernehmer keinen Anspruch auf die Gegenleistung oder einen Theil derselben (§ 368 Abs. 1), sondern nur auf Herausgabe der etwaigen Bereicherung (§§ 742, 744); der Umstand, daß der Zufall in der Person des Bestellers eingetreten ist, führt zu keinem abweichenden Ergebnisse, da die durch einen Zufall in der Person des Bestellers herbeigeführte objektive Unmöglichkeit der Ausführung des Werkes wie eine jede andere auf Zufall beruhende objektive Unmöglichkeit zu beurtheilen ist (vergl. die Motive zu § 575). Ob der Besteller oder dessen Erben nach Maß-

gabe des § 368 Abs. 2 zur Gegenleistung verpflichtet sind, wenn der Tod auf Verschulden beruht, hat das Gesetz wegen Seltenheit der betreffenden Fälle nicht zu entscheiden, ebensowenig, ob umgekehrt der Besteller nach § 369 Abs. 1 Schadensersatz verlangen kann, wenn durch den auf Verschulden beruhenden Tod des Uebernehmers die Ausführung des Werkes unmöglich geworden ist.

Konkurs.

Einige Gesetzgebungswerke enthalten noch Bestimmungen über die Einwirkung des Konkurses über das Vermögen des Uebernehmers bezw. des Bestellers auf den Werkvertrag (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 975—980; hess. Entw. Art 247, bayr. Entw. Art 532, dresd. Entw. Art. 655). Dieselben kommen für das bürgerliche Gesetzbuch nicht in Betracht, da ihr Inhalt in den Bereich der Konkursordnung fällt (vergl. die §§ 15, 21, 35 der Konk. O.). Ein genügender Anlaß, in Berücksichtigung des § 20 der Konk. O. eine besondere Bestimmung über die Einwirkung des Konkurses auf den Werkvertrag aufzunehmen (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 975, 977, 978), besteht nicht.

§ 579.

Werkvertrag auf Bewirkung eines anderweiten Erfolges (nicht Herstell. e. Sache).

Während nach gemeinem Rechte und dem sächs. G. B. § 1243 Satz 1 die Vorschriften über den Werkvertrag auch auf den Vertrag Anwendung finden, welcher nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern einen anderweiten, durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg, insbesondere den Transport von Personen und Sachen, sowie sog. immaterielle, wissenschaftliche und künstlerische Schöpfungen, zum Gegenstande haben, nimmt für das preuß. Recht die in Theorie und Praxis herrschende Meinung auf Grund des A. L. R. I, 11 § 925 in Verbindung mit den Einzelbestimmungen der §§ 926—965 desselben an, daß die Vorschriften über den Werkvertrag sich nur auf materielle Produktionen beziehen; doch ist auch unter den Vertretern dieser Meinung streitig, ob der Begriff des Werkvertrages nur solche Fälle umfaßt, in welchen durch Kombination von Arbeit und verarbeiteten Materialien ein neues Produkt geschaffen wird, eine Spezifikation stattfindet, oder ob er auch solche Fälle begreift, in welchen es sich lediglich um die Bearbeitung einer Sache handelt, durch welche dieselbe zwar verbessert oder verschönert wird, aber keine wesentliche Aenderung erleidet (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. X, 55). Das Reichsoberhandelsgericht hat die Bestimmung im A. L. R. I, 11 § 925 dahin ausgelegt, daß unter einem „angedungenen Werke" im Sinne jener Bestimmung auch die Bewirkung eines Erfolges zu verstehen sei, der nicht in der Herstellung einer Sache bestehe, und daß deshalb insbesondere auch der Frachtvertrag nach preuß. Rechte unter den Begriff des Werkvertrages subsumirt werden könne (Entsch. d. R. O. H. G. XXIII, 108). Der hess. Entwurf, der bayr. Entwurf, der dresd. Entwurf und das schweiz. Bd. Ges. sprechen sich nicht ausdrücklich darüber aus, ob der Ausdruck „Werk" auch das Werk im weiteren Sinne umfassen soll. Nach den dresd. Berathungen ist anzunehmen, daß die Vorschriften des dresd. Entw. über den Werkvertrag sich nur auf das Werk im engeren Sinne beziehen sollen. Anlangend den Transportvertrag,

Geltendes Recht.

so bestimmt der dresd. Entw. Art. 633 ausdrücklich, daß, wenn Jemand, welcher den Transport von Sachen nicht gewerbemäßig betreibt (vergl. Art. 390 des H. G. B.), in einem einzelnen Falle den Transport von Sachen gegen Lohn übernimmt, die Vorschriften über den Dienstvertrag entsprechende Anwendung finden. Auch der bayr. Entw. scheidet, wie die Motive zu Art. 511 desselben ergeben, den Frachtvertrag, welcher, wenn auch dem Werkvertrage verwandt, doch seinem Objekte und Zwecke nach wesentlich davon verschieden sei, aus dem Begriffe des Werkvertrages aus. Ebenso behandelt das schweiz. Bd. Ges. Art. 449 ff. den Frachtvertrag nach besonderen Grundsätzen und zwar, soweit nicht die Art. 451 ff. ein Anderes ergeben, nach den Vorschriften über den Auftrag. Auch der code civil, welcher ebenfalls unterscheidet zwischen dem Miethvertrage „des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés" und dem Frachtvertrage mit Fuhrleuten und Schiffern, läßt dem Zweifel Raum, inwieweit die Vorschriften über den erstgedachten Vertrag, welche ihrem Wortlaute nach sich nur auf die Herstellung eines Sachwerkes beziehen, auch auf den Vertrag anwendbar sind, welcher ein Werk im weiteren Sinne zum Gegenstande hat (vergl. Art. 1779, 1787 ff.).

Entwurf. Anwendung der Vorschr. über Werkvertrag,

Der Entwurf folgt dem gemeinen Rechte und dem sächs. G. B. Für die juristische Betrachtung, hingesehen auf das Wesen des Werkvertrages im Gegensatze zum Dienstvertrage (vergl. die Motive zu § 567), leuchtet es nicht ein, weshalb die Vorschriften über den Werkvertrag auf den Fall, in welchem ein Werk im engeren Sinne zu beschaffen ist, beschränkt werden, dagegen auf den Vertrag, welcher einen anderweiten, durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstande hat, die für den Dienstvertrag geltenden Rechtsnormen Anwendung finden sollen. Zuzugeben ist, daß jener Vertrag und der Dienstvertrag oft schwer von einander sich unterscheiden lassen werden. Dies ist ein Uebelstand, welcher in der Natur der Dinge liegt und sich nicht beseitigen läßt. Diese Schwierigkeit, im einzelnen Falle zu ermitteln, ob ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliegt, bleibt indessen in großem Umfange auch dann bestehen, wenn man die Vorschriften über den Werkvertrag auf den Fall beschränkt, in welchem ein Werk im engeren Sinne zu beschaffen ist. Dazu kommt, daß es nicht angänglich sein würde, den Vertrag, welcher ein Werk im weiteren Sinne zum Gegenstande hat, allgemein nach den Vorschriften über den Dienstvertrag zu beurtheilen, vielmehr würden in wichtigen Beziehungen besondere Bestimmungen nicht zu entbehren sein und würde damit die Uebereinstimmung mit den für den Dienstvertrag geltenden Rechtsnormen doch verloren gehen.

insbes. auf den Frachtvertrag.

Es kann insbesondere auch kein Bedürfniß anerkannt werden, mit dem dresd. Entw. den Frachtvertrag, soweit derselbe nicht in den Bereich des H. G. B. fällt (vergl. Art. 390, 420, 557 dess.), allgemein den Vorschriften über den Dienstvertrag zu unterwerfen oder nach besonderen Grundsätzen zu regeln, zumal bei der Revision des H. G. B. zu erwägen sein wird, ob nicht auf jenen Vertrag auch insoweit, als derselbe gegenwärtig nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen ist, die handelsrechtlichen Normen über den Frachtvertrag ganz oder zum Theil für anwendbar zu erklären sind.

Im Einzelnen ist, soviel die Uebertragung der in den §§ 567—578 enthaltenen Vorschriften auf den Werkvertrag im weiteren Sinne betrifft, noch Folgendes zu bemerken:

Verpflichtungen; Die entsprechende Anwendbarkeit des § 567, namentlich des zweiten Absatzes desselben, kann einem Zweifel nicht unterliegen.

Beschaffung des Stoffes; Der § 568 wird bei Verträgen der hier in Frage stehenden Art regelmäßig gegenstandslos sein. Indessen lassen sich doch — insbesondere bei gemischten Verträgen — Fälle denken, in welchen die analoge Anwendbarkeit, namentlich des ersten Satzes des Abs. 2, am Platze ist, so daß um so weniger ein Grund vorliegt, wenn einmal die §§ 567—578 ganz oder zum größeren Theil für anwendbar erklärt werden müssen, den § 568 von der Anwendbarkeit besonders auszunehmen.

Mängel; Anlangend die Anwendbarkeit des § 569, so kann aus der juristischen Natur des Werkvertrages im weiteren Sinne kein Grund hergeleitet werden, in diesem Falle die Haftung des Uebernehmers wegen fehlerhafter oder mangelhafter Leistung nach anderen Regeln zu bestimmen, wie in dem Falle der ihm obliegenden Beschaffung eines Sachwerkes. Nur praktische Erwägungen könnten es daher rechtfertigen, die entsprechende Anwendbarkeit des § 569 für den in Rede stehenden Vertrag auszuschließen. In dieser Beziehung kommt aber zunächst in Betracht, daß der § 569 keineswegs nur eine Uebertragung der für den Veräußerungsvertrag geltenden Rechtsnormen bestimmt. Seine Anordnungen weichen von den letzteren in wesentlichen Stücken ab. Die Abweichungen beruhen auf Gründen, welche sich in gleichem Maße auch für den Werkvertrag im weiteren Sinne geltend machen; es gilt dies namentlich von dem Rücktrittsrechte und von dem Rechte auf Beseitigung des Mangels, soweit eine solche Beseitigung möglich ist, was hier häufig nicht der Fall sein wird. Noch weniger kann die Angemessenheit des Minderungsrechtes in den hier fraglichen Fällen beanstandet werden. Dasselbe wird in nicht wenigen Fällen für den Besteller von dem größten Werthe und andererseits den Verhältnissen völlig entsprechend sein.

Die Anwendbarkeit des § 570 unterliegt keinem Bedenken.

Verjährung; Gegen die Anwendbarkeit des § 571 kann nicht eingewendet werden, daß die bei den Bestimmungen desselben in Betracht gezogene nahe Verwandtschaft zwischen dem Werkvertrage im engeren Sinne und dem Veräußerungsvertrage bei dem Werkvertrage im weiteren Sinne nicht zutreffe; denn der § 571 beruht nicht ausschließlich auf jener nahen Verwandtschaft; auch ist die letztere nicht ausschlaggebend gewesen, sondern die Angemessenheit der Bestimmungen des § 571 überhaupt. Diese Angemessenheit zeigt sich aber auch bei dem Werkvertrage, dessen Gegenstand nicht die Herstellung oder Aenderung einer Sache ist. Dazu kommt die Nothwendigkeit, nicht ohne zwingende Gründe zwischen diesem Werkvertrage und einem Werkvertrage anderer Art in wesentlichen Beziehungen zu unterscheiden. Wegen der Verschiedenheit des Gegenstandes bei dem Werkvertrage im engeren und bei dem Werkvertrage im weiteren Sinne muß jedoch bestimmt werden, daß die in § 571 festgesetzte Verjährungsfrist in allen Fällen des hier fraglichen Vertrages die sechsmonatige ist, ferner, daß, wenn nach den Umständen die Abnahme aus-

geschlossen erscheint, die Verjährung mit Vollendung der dem Uebernehmer obliegenden Leistungen beginnt.

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 572 ist unbedenklich. Kann nach den Umständen von einer Abnahme nicht die Rede sein, so verbietet sich die Anwendbarkeit des § 572 wegen Gegenstandslosigkeit von selbst. Abnahme;

Was die Anwendbarkeit des § 573 anlangt, so besteht die Hauptbedeutung der beiden ersten Absätze des § 573 allerdings in der darin bestimmten Vorleistungsverpflichtung des Uebernehmers; darin liegt indessen kein Grund, die entsprechende Anwendbarkeit der beiden Absätze zu verneinen und auf die Vorschrift sich zu beschränken, daß der Uebernehmer vorleistungspflichtig sei, zumal die in den beiden Absätzen enthaltenen Einzelheiten auch für den Werkvertrag im weiteren Sinne — namentlich wenn die Abnahme nicht ausgeschlossen ist — Erheblichkeit erlangen können. Ebensowenig liegt ein zureichender Grund vor, in solchen Fällen, in welchen die Abnahme nicht allein statthaft bezw. nothwendig erscheint, sondern auch wirklich erfolgt ist, die Anwendbarkeit des dritten Absatzes des § 573 auszuschließen. Insbesondere kann die Erwägung, daß es sich um die Ausdehnung einer für den Kauf geltenden positiven Vorschrift handelt, als durchschlagend nicht angesehen werden. Gegenleistung;

Die Unanwendbarkeit des § 574 besonders auszusprechen, ist überflüssig, da dieselbe wegen Gegenstandslosigkeit sich von selbst ergiebt.

Gegen die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 575—578 kann ein Bedenken nicht obwalten; nur muß zum Ausdrucke gebracht werden, daß bei Anwendung der §§ 576, 577 an Stelle der Abnahme, sofern diese nach den Umständen ausgeschlossen ist, die Vollendung der dem Uebernehmer obliegenden Leistungen tritt. Verzug; Rücktritt; Gefahr.

III. Mäklervertrag.

Das deutsche H. G. B. Art. 66—84 enthält einen besonderen von den Handelsmäklern oder Sensalen handelnden Abschnitt. Die Bestimmungen desselben beziehen sich zunächst nur auf amtlich bestellte Handelsmäkler. Die Jurisprudenz nimmt jedoch an, daß diese Vorschriften, soweit sie nicht Ausfluß des amtlichen Karakters jener Handelsmäkler als öffentlich autorisirter Urkundspersonen sind, auch auf Privathandelsmäkler entsprechende Anwendung finden (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. IV, 86 S. 415, VII, 23; Entsch. d. R. G. in Civils. IV, 62 S. 224 und bei Gruchot XXVIII S. 835 ff.). Trotzdem bleibt eine große Zahl von Mäklerverträgen übrig, welche nicht nach den handelsrechtlichen Vorschriften, sondern lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen sind, indem die Geschäfte der Privatmäkler nach Art. 272 Nr. 4 des H. G. B. nur dann Handelsgeschäfte sind, wenn jene die Vermittelung von Handelsgeschäften gewerbemäßig betreiben. Es scheiden danach aus dem Gebiete des Handelsrechtes namentlich aus die Geschäfte der Häuser- und Gütermäkler (vergl. Art. 275 des H. G. B.), der Gesindemäkler und der Mäkler für die Vermittelung von Ehen. Geltendes Recht.

Anlangend das bürgerliche Recht, so ist auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes bestritten, ob und inwieweit die besonderen Bestimmungen des röm.

Rechtes, nach welchem der Mäklervertrag als solcher weder für den Mäkler noch für den anderen Theil eine kontraktliche Verbindlichkeit erzeugte, dem Mäkler jedoch, wenn er die versprochenen Dienste geleistet hatte, extra ordinem ein Anspruch auf Vergütung gewährt wurde, noch anwendbar sind. Vielfach wird angenommen, daß gemeinrechtlich der Mäklervertrag nach den Regeln des Dienst- oder Werkvertrages oder nach den Grundsätzen des Mandates oder als ein seinen eigenen Grundsätzen unterliegender Innominatkontrakt zu beurtheilen sei. Von den neuen Gesetzgebungswerken enthalten das preuß. A. L. R. — abgesehen von den auf die Vermittelung kaufmännischer Geschäfte durch amtlich bestellte Mäkler sich beziehenden, durch das preuß. Einf. Ges. zum H. G. B. v. 24. Juni 1861 Art. 60 Nr. 1 aufgehobenen Vorschriften der §§ 1305—1388 II, 8 A. L. R. —, das österr. G. B., der code civil und der hess. Entw. keine besonderen Bestimmungen über den Mäklervertrag. Auf dem Gebiete des preuß. Rechtes wird darüber gestritten, ob und inwieweit der Mäklervertrag als ein nach A. L. R. I, 11 §§ 869 ff. zu beurtheilender Vertrag über Handlungen oder als ein unter die Vorschriften des A. L. R. I, 13 §§ 5 ff. fallender Vollmachtsauftrag aufzufassen sei (vergl. Entsch. d. R. G. bei Gruchot XXIV S. 985). Das schweiz. Bd. Ges. Art. 405 bestimmt, daß, vorbehaltlich der besonderen Vorschriften der Kantonalgesetze über Mäkler, Courtiers, Sensale und andere Personen, welche die Vermittelung von Geschäften gewerbsmäßig betreiben, die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung kommen, wenn Jemand den Abschluß eines Vertrages zu vermitteln übernimmt, ohne zu einer der Parteien in einem dauernden Dienstverhältnisse zu stehen. Der bayr. Entw. Art. 702 hat sich darauf beschränkt, in dem Abschnitte über den Auftrag eine Bestimmung darüber aufzunehmen, wann die Mäklergebühr verdient und von wem dieselbe zu zahlen ist. Ausführlichere Bestimmungen über den Mäklervertrag haben dagegen das sächs. G. B. §§ 1254 bis 1259 und nach dem Vorbilde desselben der dresd. Entw. Art. 575—580 aufgenommen. Beide Gesetzgebungswerke regeln jedoch nur eine bestimmte Art des Mäklervertrages, nämlich den Mäklervertrag, durch welchen der Mäkler nur berechtigt, nicht auch verpflichtet wird, indem sie zugleich die Rechtsregel aufstellen, daß dem Mäklervertrage diese Bedeutung beiwohne.

Anwendung allgemeiner Grundsätze über Verträge, Dienstvertrag zc.

In dem vorliegenden Entwurfe ist davon ausgegangen, daß der Mäklervertrag, abgesehen von der Bestimmung des § 580, welche sich mit der Frage befaßt, unter welchen Voraussetzungen der Mäkler die Mäklergebühr verlangen kann, einer näheren Regelung nicht bedarf, sondern zu seiner Beurtheilung je nach Verschiedenheit der Fälle die allgemeinen Grundsätze über Verträge bezw. die für den Dienstvertrag, den Werkvertrag oder das Mandat geltenden Rechtsnormen ausreichen. Insbesondere sind außer der Bestimmung des § 580 die besonderen Vorschriften des sächs. G. B. und des dresd. Entw. über den Mäklervertrag theils als entbehrlich, theils auch als bedenklich erachtet. Zu den Vorschriften der letzteren Art gehört namentlich die Bestimmung, daß der Mäklervertrag den Mäkler nur berechtigt, nicht auch verpflichtet, der Mäkler

Verpflichtung zur Bemühung.

mithin auf Grund des Vertrages zur Aufwendung von Bemühungen im Interesse des Auftraggebers nicht angehalten werden könne und wegen eines Verschuldens bei Ausrichtung seiner Dienste dem Auftraggeber nicht aus dem

Vertrage, sondern nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 705) verantwortlich sei. Unleugbar sind im praktischen Leben die Fälle nicht selten, in welchen der Mäklervertrag die Bedeutung hat, von welchen das sächs. G. B. § 1255 und der dresd. Entw. Art. 675 ausgehen. Ebensowenig läßt sich aber leugnen, daß der Vertrag mitunter einen anderen Karakter, nämlich den eines zweiseitigen Vertrages, durch welchen der Mäkler bestimmte Verpflichtungen übernimmt, an sich trägt. Die Richtigkeit dieser Thatsache erhellt schon aus dem dem Handelsverkehre angehörenden Mäklervertrage und den auf diesen sich beziehenden Vorschriften des H. G. B. (vergl. Art. 81 dess.). Der Mäklervertrag des bürgerlichen Verkehres hat sich vielfach im Anschlusse an den handelsrechtlichen Mäklervertrag und nach dem Vorbilde des letzteren entwickelt. Es giebt Mäkler, welche das Mäklergeschäft gewerbsmäßig betreiben und eine Stellung einnehmen, die, namentlich hinsichtlich der aus dem konkreten Vertrage entspringenden Verpflichtungen, von dem der Handelsmäkler sich kaum unterscheidet. Dahin gehören z. B. die in den großen Städten sich findenden sog. Häusermäkler. Es leuchtet daher ein, wie bedenklich es sein würde, für den bürgerlichen Mäklervertrag, welcher erfahrungsmäßig in der verschiedensten Gestalt und mit dem abweichendsten Inhalte vorkommt, so häufig derselbe auch in der Gegenwart sein mag, eine Rechtsregel aufzustellen, welche für viele Fälle paßt, während sie für andere Fälle unpassend erscheint. Es verdient deshalb den Vorzug, sich der Entscheidung, wie der Mäklervertrag in der fraglichen Beziehung aufzufassen ist, zu enthalten und auch von einer einfachen, für Zweifelsfälle berechneten Auslegungsregel abzusehen. Das Gesetz wird dadurch auch nicht lückenhaft. Verhält es sich schweigend, so wird in jedem einzelnen Falle der Parteiwille aus den konkreten Umständen unter gebührender Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 359) ermittelt werden müssen. Daß nach den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes ein Vertrag, durch welchen Jemand, ohne zugleich die Garantie für den Erfolg zu übernehmen, sich dem anderen Theile verpflichtet, in dessen Interesse thätig zu werden, um einen Dritten zu dem Abschlusse eines Vertrages mit demselben zu vermögen, nicht ungültig ist, sofern es nur nicht an der erforderlichen Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der übernommenen Verpflichtung fehlt (§ 352), ergiebt der § 348 Abs. 2.

Einzelne Landesgesetze (sächs. G. B. 1259; kurhess. Verordnungen v. 27. März und 29. Mai 1804) bestimmen, daß das Versprechen einer Mäklergebühr für die Nachweisung einer heirathsfähigen Person oder für die Vermittelung einer Ehe nichtig sein solle. Umgekehrt erklärt der dresd. Entw. Art. 676 ein solches Versprechen ausdrücklich für gültig, sofern nicht ein Landesgesetz etwas Anderes bestimme. Indessen kann weder eine Bestimmung, welche den in Rede stehenden Vertrag für schlechthin nichtig erklärt, als angemessen, noch ein Vorbehalt für die Landesgesetze als gerechtfertigt erachtet werden. Ob ein Vertrag der fraglichen Art im gegebenen Falle in Gemäßheit des § 106 als nichtig anzusehen ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Dies ist auch der Standpunkt der Praxis auf dem Gebiete des gemeinen und franz. Rechtes (vergl. Seuffert XIII, 14, XIV, 124, XXXIII, 125). Um so weniger ist es angezeigt, sich in der hier fraglichen Beziehung dem sächs. G. B. anzuschließen, als auch die deutsche Gewerbeordnung die gewerbsmäßige Vermittelung von

Heiraths-vermittelung.

Heirathen an und für sich nicht als etwas Unerlaubtes, gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung Verstoßendes betrachtet (vergl. die Gew. O. in der Redaktion v. 1. Juli 1883 § 35 Abs. 3).

Wegen anderer den Mäklervertrag betreffender Bestimmungen, deren Aufnahme als entbehrlich bezw. als bedenklich erachtet ist, wird wegen ihres Zusammenhanges mit der Vorschrift des § 580 auf die Motive zu § 580 verwiesen.

§ 580.

Mäklergebühr bei Abschluß des Vertrages.

Die Bestimmung des § 580 schließt sich dem für den handelsrechtlichen Mäklervertrag geltenden Grundsatze des H. G. B. Art. 82 an. Daß dieser Grundsatz auch den Anschauungen des bürgerlichen Verkehres entspricht, wird durch die gemeinrechtliche Praxis (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XI, 66; Entsch. d. R. G. in Civils. VI, 51, 52 und bei Gruchot XXVIII S. 835 ff.; Seuffert XL, 16) und die im Wesentlichen mit dem § 580 übereinstimmenden Vorschriften des sächs. G. B. § 1254, des bayr. Entw. Art. 702 und des dresd. Entw. Art. 675 bestätigt. Bei der großen praktischen Wichtigkeit der Bestimmung darf die Entscheidung der Frage aber der Praxis nicht überlassen werden, um so weniger, als die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über den Dienstvertrag und den Auftrag zu einem abweichenden Ergebnisse führen würde (vergl. §§ 559, 561, 596 Abs. 2) und in der preuß. Praxis (vergl. jedoch dagegen Urth. d. R. G. bei Gruchot XXVIII S. 835 ff.), vereinzelt auch in der gemeinrechtlichen Doktrin, die Ansicht vertreten worden ist, daß der Mäkler, selbst wenn das Geschäft nicht durch seine Vermittelung zu Stande gekommen sei, doch nach Maßgabe der bezüglich des Dienstvertrages geltenden Rechtsnormen für seine Bemühungen um die Vermittelung des Geschäftes eine Vergütung beanspruchen könne. Im Einzelnen ist zu den Bestimmungen des § 580 noch Folgendes zu bemerken:

Verhinderung desselben.

Die Fassung des § 580 läßt mit genügender Deutlichkeit erkennen, daß der Mäkler die versprochene Gebühr selbst dann nicht verlangen kann, wenn sein Auftraggeber den Abschluß des ausreichend vorbereiteten Vertrages willkürlich verweigert oder sonst verhindert. Dies ist auch der Standpunkt des H. G. B., des sächs. G. B. § 1256 und des dresd. Entw. (vergl. auch Urth. d. R. G. bei Gruchot XXVIII S. 835 ff.), während in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis die Frage verschieden beantwortet wird (vergl. jedoch Seuffert XL, 16).

Zusammenhang zwischen Vermittelung und Abschluß.

Andererseits genügt es zur Begründung des Anspruches auf die Mäklergebühr nicht, daß der Mäkler im Interesse seines Auftraggebers überhaupt thätig gewesen und demnächst der beabsichtigte Vertrag geschlossen worden ist, sondern es ist weiter erforderlich, daß zwischen der Thätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse des Vertrages ein ursächlicher Zusammenhang besteht, daß je nach dem Umfange und der Art der von dem Mäkler übernommenen Thätigkeit mit der nachgewiesenen Person bezw. über den nachgewiesenen Gegenstand oder in Folge der Vermittelung des Mäklers der Vertrag zu Stande gekommen ist (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. VI, 51, 52). Die in Theorie und Praxis

bestrittene Frage, ob dem Mäkler die Gebühr dann jedenfalls zukommt, wenn der Abschluß des von ihm ausreichend vorbereiteten Vertrages von dem Auftraggeber selbst mit arglistiger Umgehung des Mäklers bewirkt worden ist, läßt eine allgemeine Entscheidung durch das Gesetz nicht zu. Auch das H. G. B. hat diese Frage nicht speziell entschieden und nach Ausweis der Berathungsprotokolle nicht entscheiden wollen (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XI, 66; Entsch. d. R. G. in Civils. VI, 52 und bei Gruchot XXVIII S. 835). Es wird in einem solchen Falle unter Berücksichtigung der Gesammtheit der Umstände zu prüfen sein, ob nicht ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der Thätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse des Vertrages dennoch besteht bezw. mit Rücksicht auf Treue und Glauben (§ 359) die Verpflichtung zur Zahlung der Mäklergebühr als im Sinne des Vertrages liegend anzusehen ist. Geeignetenfalls wird dem Mäkler auch auf Grund des § 704 Abs. 1 und des § 705 ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu versagen sein. Arglist des Auftraggebers.

Voraussetzung des Anspruches auf die Gebühr ist ferner, daß der Vertrag in rechtlich wirksamer Weise zu Stande gekommen ist. Der Anspruch auf die Gebühr ist daher nicht begründet, wenn der äußerlich zum Abschlusse gekommene Vertrag nichtig ist. Eine weitere Konsequenz jenes Prinzipes ist die nach dem Vorgange des H. G. B. Art. 82 Abs. 2 und des dresd. Entw. Art. 675 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochene Bestimmung des Abs. 2, daß, wenn der Vertrag mit dem Dritten unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen ist, der Mäkler auf die Mäklergebühr erst dann Anspruch hat, wenn die Bedingung erfüllt ist; denn nach dem § 128 tritt in einem solchen Falle die von der Bedingung abhängig gemachte rechtliche Wirkung erst mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Bedingung erfüllt ist. Anders verhält es sich dagegen, wenn dem Vertrage eine Resolutivbedingung beigefügt ist. In diesem Falle tritt die rechtliche Wirkung des Vertrages sofort ein und es ist nur die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes von dem Eintritte der Bedingung abhängig (§ 129). Es läßt sich deshalb die auflösende Bedingung der aufschiebenden Bedingung nicht gleichstellen, und wenn auch das H. G. B. Art. 82 Abs. 2 in dieser Hinsicht das Gegentheil vorschreiben sollte (vergl. Seuffert XL, 16), so mag diese Bestimmung für den handelsrechtlichen Mäklervertrag passend erscheinen; sie ist dagegen für den Mäklervertrag des bürgerlichen Verkehres schon deshalb unangemessen, weil die Fälle häufig sein werden, in welchen die Erledigung der Bedingung sich erst in sehr ferner Zeit und nach der Erfüllung des Vertrages mit dem Dritten entscheidet. Eine andere, nach dem § 129 zu beurtheilende Frage ist es, ob nicht nach dem Eintritte der Resolutivbedingung auch der Anspruch des Mäklers auf die Gebühr hinwegfällt bezw. die bereits bezahlte Gebühr nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 745) zurückgefordert werden kann. Mäklergebühr a) bei aufschiebend, b) bei auflösend bedingtem,

Ist das durch den Mäkler vermittelte Geschäft wegen Drohung oder Betruges anfechtbar (§ 103), so kann, so lange die Anfechtung nicht erfolgt ist, trotz der Anfechtbarkeit die Mäklergebühr nicht verweigert werden. Ist aber die Anfechtung erfolgt, so muß, da nach § 112 ein anfechtbares Rechtsgeschäft im Falle der Anfechtung so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen worden wäre, auch der Anspruch des Mäklers auf die Gebühr hin- c) bei anfechtbarem Vertrage,

wegfallen bezw. ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung nach § 745 gegen ihn als begründet anerkannt werden.

d) bei Wiederaufhebung des Vertrages.

Dagegen ist es selbstverständlich, daß, wenn später der in Folge der Vermittelung des Mäklers geschlossene Vertrag aufgehoben (nicht vernichtet) wird, diese Aufhebung des Vertrages auf den Anspruch des Mäklers ohne Einfluß ist (vergl. sächs. G. B. § 1257; Seuffert XL, 16; dresd. Entw. Art. 679).

Betrag der Gebühr.

Anlangend den Betrag der Mäklergebühr, wenn diese von den Parteien nicht näher bestimmt worden ist, so bedarf es in dieser Beziehung keiner besonderen Bestimmungen. Es reichen vielmehr die allgemeinen Grundsätze aus (§§ 353, 354). Insbesondere ist die Vorschrift des dresd. Entw. Art. 677, daß der Betrag der Mäklergebühr, sofern nicht etwas Anderes vereinbart worden, nach dem Ortsgebrauche zu bestimmen sei (vergl. auch hess. Entw. Art. 82 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 702 Abs. 2) aus ähnlichen Gründen entbehrlich, wie diejenigen, welche den Entwurf — abweichend vom dresd. Entw. Art. 560 und 617 — bestimmt haben, auch bei der Miethe in Ansehung der Zahlungszeit des Miethzinses und bei dem Dienstvertrage in Ansehung des Betrages der Vergütung für die Dienste von einem Hinweise auf den Ortsgebrauch abzusehen (vergl. zu § 517 und zu § 559).

Ersatz der vom Mäkler aufgewendeten Kosten.

Nach dem Vorbilde des sächs. G. B. § 1258 bestimmt der dresd. Entw. Art. 680 ferner, daß der Mäkler neben der Mäklergebühr nicht Ersatz der in Folge seiner Vermittelung aufgewendeten Kosten fordern könne. Der vorliegende Entwurf hat — im Einklange mit dem H. G. B. — einer solchen Vorschrift sich enthalten. Eine allgemeine Regel, inwiefern der Mäkler einen Anspruch auf Ersatz von Auslagen hat, läßt sich wegen Verschiedenheit der einzelnen Fälle und da nicht selten zwischen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Auslagen wird unterschieden werden müssen, nicht aufstellen. Auch ist eine solche Regel kein Bedürfniß. Ebensowenig liegt ein Bedürfniß vor, die in Theorie und Praxis allerdings bestrittene Frage, ob, wenn das Geschäft nicht zu Stande gekommen ist, der Mäkler nicht wenigstens Ersatz der zweckmäßig von ihm aufgewendeten Auslagen verlangen könne, durch eine besondere Rechtsnorm zu entscheiden, zumal auch das H. G. B. keine ausdrückliche Vorschrift darüber enthält.

Versprechen einer Gebühr seitens beider Parteien.

Geltendes Recht.

Im praktischen Leben sind die Fälle nicht selten, in welchen ein Mäkler, nachdem er von einem Anderen beauftragt worden ist, den Abschluß eines Geschäftes mit einem Dritten zu vermitteln, sich auch von diesem Dritten für den Fall des Zustandekommens des Geschäftes eine Gebühr versprechen läßt. In der gemeinrechtlichen Praxis wird die Frage, ob der Mäkler durch eine solche Handlungsweise seinen Anspruch auf die Mäklergebühr gegen den ersten Auftraggeber verwirkt oder doch demselben zum Schadensersatze verpflichtet wird, oder ob es zulässig und auf seine Ansprüche ohne Einfluß ist, wenn er auch im Interesse des Dritten thätig wird, verschieden beantwortet, indem in der hier fraglichen Beziehung dem Mäkler bald die rechtliche Stellung eines Mandatars, bald die eines zwischen beiden Parteien stehenden, zur Wahrnehmung ihrer beiderseitigen Interessen berufenen unparteiischen Vermittlers beigelegt wird (vergl. Seuffert XIV, 229, XXXIV, 202, XXXIX, 208, XXXII, 37; Urth. d. Ob. Trib. zu Berlin bei Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. XXII

S. 268 ff.; Entsch. d. R. O. H. G. VII, 23, IX 74 S. 240, X, 82). Die preuß. Doktrin und Praxis nimmt vorwiegend an, daß die Vorschrift des A. L. R. I, 13 § 22 auch auf bloße Vermittler anwendbar sei und deshalb der Mäkler Aufträge beider Theile zur Vermittelung desselben Geschäftes nicht annehmen dürfe, wenn das Interesse beider Theile kollidire, widrigenfalls er seines Anspruches auf die Gebühr wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit verlustig gehe (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. VII, 23, IX, 74 S. 240; Urth. d. R. G. bei Gruchot XXIV S. 983 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. IV, 62). Nach dem H. G. B. (vergl. Art. 83 das.) steht der Umstand, daß der Mäkler als Vermittler für das Zustandekommen des Geschäftes im Auftrage beider Theile thätig gewesen ist, seinem Anspruche auf den Mäklerlohn selbst bei einem Konflikte der Interessen der verschiedenen Auftraggeber nicht entgegen, sofern er nur in unparteiischer Weise unter Wahrnehmung der beiderseitigen Interessen das Geschäft vermittelt hat. Theorie und Praxis wenden diesen Grundsatz auch auf die Privathandelsmäkler an (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. VII, 23, IX, 74 S. 240; Entsch. d. R. G. in Civils. IV, 62). Der dresd. Entw. Art. 678 bestimmt ganz allgemein, daß der Mäkler die Mäklergebühr von dem Vertragschließenden, auf dessen Ansuchen er den Vertrag vermittelt hat, unverkürzt fordern könne, auch wenn er von dem anderen Vertragschließenden eine Belohnung angenommen habe.

Der vorliegende Entwurf hat wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle Bedenken getragen, die in Rede stehende Frage durch eine allgemeine Rechtsnorm zu entscheiden. Anlangend insbesondere die Vorschrift des dresd. Entw., so hängt dieselbe mit der diesem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung des Mäklervertrages als eines bedingten Zahlungsversprechens zusammen. Sie kann zu einer irrigen Beurtheilung solcher Fälle verleiten, in welchen der Mäkler, nachdem er der einen Partei gegen Entgelt zu dienen versprochen hat, dadurch, daß er nachträglich auch von der anderen Partei für seine Bemühungen behufs Zustandekommens des Vertrages eine Vergeltung annimmt oder sich versprechen läßt, seine gegen die erste Partei ihm obliegenden Pflichten verletzt; in einem solchen Falle wird diese Partei berechtigt, die nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit ihr zustehenden Rechte geltend zu machen (vergl. § 224 Abs. 1, §§ 144, 369). Dahin gehören die Fälle, wenn der Mäkler sich der ersten Person gegenüber verpflichtet hat, die andere zu einem der ersteren günstigen Entschlusse zu vermögen, demnächst aber mit der anderen Partei über eine von dieser ihm zu gewährende Vergeltung sich verständigt, und hieraus erhellt, daß er die im Interesse der ersten Partei aufzuwendenden Bemühungen zu verleugnen gesonnen ist und thatsächlich sein Versprechen gebrochen hat. Anders liegt dagegen die Sache, wenn der Mäkler nur solche thatsächliche Dienste zu leisten hat, deren Ausführung ohne Pflichtverletzung gegen den ersten Auftraggeber zugleich im Auftrage der anderen Partei geschehen kann, z. B. wenn ihm etwa nur obliegt, einen Vertragsgegenstand oder eine zum Kontrahiren geeignete Person nachzuweisen oder ähnlich wie ein Bote die Erklärungen beider Parteien zu übermitteln. Daß in solchen Fällen der Mäkler sich von beiden Parteien wirksam eine Vergütung für seine Bemühungen zusichern lassen darf,

Standpunkt des Entwurfes.

kann nicht zweifelhaft sein. Insoweit ist daher die Bestimmung des dresd. Entw. überflüssig. In Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung kann übrigens, wie die Fassung des § 580 zur Genüge ergiebt, der Mäkler die Gebühr nur von seinem Auftraggeber, nicht auch von dem anderen Kontrahenten, insbesondere nicht, wie dies nach Art. 83 des H. G. B. der Fall ist, von jedem Theile die Hälfte verlangen (vergl. bayr. Entw. Art. 702).

Anhang
zum siebenten Titel, den sog. Tröbelvertrag betreffend.

Röm. und gemeines Recht.

Der mit der Eingehung des sog. Tröbelvertrages regelmäßig verbundene wirthschaftliche Zweck der Kontrahenten, nämlich des einen Theiles, durch die Hingabe seiner Sache an einen Anderen zum Zwecke des Verkaufes bessere Gelegenheit zur gewinnbringenden Veräußerung der Sache zu finden, des anderen Theiles, aus der Veräußerung einer fremden Sache Gewinn zu ziehen, ohne genöthigt zu sein, dieselbe vor der Veräußerung auf eigene feste Rechnung anzuschaffen und so das Risiko der Unverkäuflichkeit oder der Preisminderung der Sache zu übernehmen, kann auch durch die Benutzung anderer Geschäftsformen, so auf dem Wege eines bedingten Kaufes, eines Mandates, insbesondere der Verkaufskommission, ferner des Dienst- oder des Werkvertrages und des Gesellschaftsvertrages, erreicht werden. Da der Tröbelvertrag auch nach seiner juristischen Seite hin in manchen Beziehungen jenen anderen Geschäftsformen mehr oder weniger verwandt ist, so bestanden unter den römischen Juristen längere Zeit Zweifel darüber, ob und inwieweit der Tröbelvertrag als Kauf, Mandat, Dienstmiethe oder Gesellschaftsvertrag aufzufassen sei. In der Erkenntniß, daß derselbe in keinem dieser Verträge vollständig aufgehe, daß er jedem dieser Verträge gegenüber etwas Eigenthümliches habe, entschied man sich schließlich dahin, das fragliche Abkommen als Innominatkontrakt durch eine besondere actio praescriptis verbis, die sog. actio aestimatoria oder de aestimato, zu schützen und dadurch als einen selbständigen Kontrakt anzuerkennen (vergl. l. 1 pr. D. de aestimatoria 19, 3; l. 13 D. de praescr. verb. 19, 5; l. 44 D. pro socio 17, 2). Ueber die Begriffsmerkmale dieses Vertrages und sein Verhältniß zu den anderen oben bezeichneten Verträgen gehen jedoch in der gemeinrechtlichen Doktrin die Ansichten mehrfach auseinander; nicht minder sind die an den Thatbestand des Tröbelvertrages sich anschließenden dispositiven Bestimmungen nach verschiedenen Richtungen hin Gegenstand des Streites. Gewöhnlich wird angenommen, daß ein Tröbelvertrag dann vorliege, wenn Jemand einem Anderen eine Sache mit einem Preisanschlage zum Verkaufe unter der Verpflichtung übergebe, ihm entweder die Sache zurückzugeben oder den bestimmten Preis zu bezahlen, und zwar in dem Sinne, daß der durch den Verkauf etwa erzielte Mehrerlös dem Empfänger der Sache verbleiben, derselbe aber auch befugt sein solle, die Sache, statt sie zu verkaufen, gegen Zahlung des festgesetzten Preises für sich zu behalten.

Moderne Gesetzgebung.

Im Anschlusse an das röm. und das gemeine Recht, wenngleich im Einzelnen abweichend, haben auch verschiedene neuere Gesetzgebungswerke, so

das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 511—526, das österr. G. B. §§ 1086—1088, das sächs. G. B. §§ 1291—1294, der hess. Entw. Art. 315—320, der bayr. Entw. Art. 396—402 und der dresd. Entw. Art. 727—731, den „Trödelvertrag", mehr oder minder ausführlich, besonders geregelt. In der Begriffsbestimmung des Trödelvertrages folgen dieselben im Großen und Ganzen der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin, doch weichen das preuß. A. L. R., das österr. G. B., der hess. und der bayr. Entwurf von dem gemeinen Rechte namentlich darin ab, daß sie die Festsetzung einer bestimmten Zeit zur Ausführung des Verkaufes oder zur Rückgabe der Sache als ein wesentliches Erforderniß des Trödelvertrages hinstellen. In Ermangelung einer solchen Zeitbestimmung ist das Geschäft nach dem preuß. A. L. R., dem österr. G. B. und dem hess. Entw. als Auftragsvertrag zu beurtheilen. Dasselbe ist nach dem preuß. A. L. R. dann der Fall, wenn dem Empfänger der Sache für den übernommenen Verkauf eine gewisse Provision oder eine andere Belohnung ausgesetzt worden ist.

Standpunkt des Entwurfes.

Andere neuere Kodifikationen enthalten dagegen überhaupt keine besonderen Bestimmungen über den Trödelvertrag, so der code civil, das bad. L. R., das zür. G. B. und das schweiz. Bd. Ges. Dem Vorgange dieser Gesetzbücher ist der Entwurf gefolgt. Unter der Bezeichnung „Trödelvertrag" oder „Vertrödeln" wird im Verkehre wohl kaum ein Vertrag geschlossen. Der Verkehr verhält sich spröde gegen eine solche Bezeichnung; er weist sie als anstößig zurück. Unternimmt das Gesetz die Regelung des Trödelvertrages, so wird also die Präzisirung des wesentlichen Inhaltes des Vertrages, für welchen die dispositiven Rechtsnormen des Gesetzes gelten sollen, von besonderer Wichtigkeit. Jede solche Präzisirung — will man nicht zu einer Beengung sich verstehen, welche die Anwendbarkeit der anzuschließenden Rechtsnormen auf die seltensten Fälle beschränkt — wird aber unfehlbar eine große Zahl von Fällen treffen, für welche jene dispositiven Rechtsnormen nicht passen. Der Grund liegt in den Verkehrssitten. Im Verkehre, namentlich im Handelsverkehre, giebt es eine große Zahl von Fällen, welche durch die fragliche Begriffsbestimmung getroffen werden würden und für die nach der Verkehrssitte und nach der regelmäßigen Parteiintention besondere unter sich sehr abweichende Bestimmungen gelten, die von denjenigen, welche das röm. Recht und diesem folgend die modernen Kodifikationen für den Trödelvertrag aufstellen und welche als allgemeine Normen über den Trödelvertrag aufgenommen werden könnten, sehr verschieden sind. Es braucht nur erinnert zu werden an die bekannten Verträge zwischen Verleger und Sortimentsbuchhändler, an den Uhrenhandel, den Handel mit Gold- und Silberwaaren u. s. w. Es leuchtet daher ein, wie groß die Gefahr ist, welche mit Aufstellung solcher allgemeinen Rechtsnormen verbunden ist. Sie würden nur für wenige, im praktischen Leben eine untergeordnete Bedeutung behauptende Verträge passen. Zudem läßt sich nicht leugnen, daß jeder sog. Trödelvertrag der juristischen Beurtheilung keine größeren Schwierigkeiten bietet, wie manche anderen Verträge, welche im Gesetzbuche nicht besonders geregelt werden. Die Rechtsnormen über Auftrag, Kauf, Verkaufskommission, Dienst- und Werkvertrag und Gesellschaftsvertrag, verbunden mit dem im Einzelfalle zu ermittelnden Parteiwillen, werden regelmäßig die richtige Entscheidung an die Hand geben.

Man darf auch auf das Vorbild der meisten neueren Kodifikationen, welche den Trödelvertrag geregelt haben, kein Gewicht legen. Die Regelung ist zum größten Theile wohl durch das röm. Recht veranlaßt, welches aus Gründen, die längst ihre Bedeutung verloren haben, zur Regelung des Trödelvertrages sich verstanden hat.

Achter Titel.

Auslobung.

§ 581.

Geltendes Recht.

Häufig verspricht Jemand zur Erreichung persönlicher Zwecke oder in höherem Interesse mittels öffentlicher Bekanntmachung demjenigen, welcher eine bestimmte Leistung vollbringen werde, eine Belohnung oder einen Preis. Ein solches Versprechen (Auslobung) begründet, wenn die betreffende Leistung in der That in der bestimmten Weise erfolgt ist, für den Auslobenden die rechtliche Verpflichtung zur Erfüllung seines Versprechens, bezw. für denjenigen, welcher die Leistung bewirkt hat, den Anspruch auf die Belohnung gegen den Auslobenden, wie dies wenigstens für den Fall, daß der Auslobende nicht vor Bewirkung der Leistung sein Versprechen widerrufen hat, in der heutigen Theorie gegen die abweichende Ansicht Weniger allgemein erkannt ist. Auch in der modernen Gesetzgebung, soweit sie sich mit der Normirung des aus der Auslobung entstehenden Rechtsverhältnisses befaßte (preuß. A. L. R. I, 11 §§ 988 ff.; preuß. Entw. v. 1831 I, 11 §§ 679 ff.; sächs. G. B. § 771; vergl. hess. Entw. IV, 1 §§ 198 ff., bayr. Entw. Art. 753 ff., dresd. Entw. Art. 681 ff.), hat die rechtsverbindliche Kraft der Auslobung Anerkennung gefunden. Das österr. G. B., der code civil und das schweiz. Bd. Ges. haben über die Auslobung zwar keine Bestimmung aufgenommen. Es wird aber für das Gebiet des österr. G. B., wie für das franz. Recht die Anerkennung der rechtsverbindlichen Kraft einer öffentlichen Auslobung durch Theorie und Praxis bezeugt[1]). Angesichts der erhöhten praktischen Bedeutung, welche das Rechtsinstitut in der neueren Zeit gewonnen hat, ist die Regelung desselben in dem bürgerlichen Gesetzbuche um so mehr geboten, als nicht nur über die juristische Natur der Auslobung, sondern auch in Ansehung der meisten an sie anknüpfenden praktischen Fragen lebhafter Streit herrscht[2]).

Vertrags- und Pollizitationstheorie.

In Ansehung der rechtlichen Natur und der juristischen Konstruktion der Auslobung stehen sich die Vertragstheorie und die Pollizitationstheorie gegenüber. Jene erblickt in der Auslobung einen Vertragsantrag in incertam personam,

---

[1]) Hasenöhrl, österr. Obl. R. II § 57 bei und in Noten 8, 9; Zachariä, franz. Civ. R. II § 343 Anm. 2.

[2]) S. Windscheid, Pand. § 308; Stobbe, deutsch. Priv. R. III § 171 Nr. II, 1; Eccius I § 71, § 77 S. 450; Dernburg II § 12.

welcher durch einen Akt der Annahme seitens einer bestimmten Person zu einem Vertrage mit dieser führe, aus welchem dann die Verbindlichkeit des Auslobenden zur Erfüllung des in dem Antrage enthaltenen Versprechens entspringe. Der Vertrag soll sich im Wesentlichen nur durch besondere Eigenthümlichkeiten hinsichtlich der Annahme von anderen Verträgen unterscheiden. Aber gerade darüber, worin die Annahme des Vertragsantrages zu finden sei, gehen die Ansichten weit auseinander[1]). Auf dem Boden dieser Vertrags- oder Offertentheorie scheinen die schon erwähnten Gesetzgebungen zu stehen[2]). Nach der Pollizitationstheorie liegt der Grund der Verpflichtung des Auslobenden dagegen einzig in der verbindlichen Kraft eines einseitigen öffentlichen Versprechens; der Auslobende ist schon auf Grund dieses Versprechens zu dessen Erfüllung an denjenigen verpflichtet, welcher die von dem Auslobenden bestimmte Leistung vollbracht hat, ohne daß es einer Annahme dieses Versprechens bedürfte oder eine solche überhaupt in Betracht käme. Der Entwurf erblickt im Anschlusse an diese Theorie in der Auslobung gleichfalls ein durch sich selbst und ohne Hinzutritt eines Annahmeaktes verbindliches einseitiges Versprechen des Auslobenden, wodurch dieser kraft seines Verpflichtungswillens demjenigen zur Erfüllung verpflichtet wird, welcher die durch die Auslobung näher bestimmte Leistung vollbracht hat. Als eine Ausnahme von der Regel (§§ 342, 343) erkennt der Entwurf hiernach in der Auslobung die verbindliche Kraft des einseitigen, nicht angenommenen Versprechens an.

Entwurf: Verbindlichkeit des einseitigen Versprechens;

Als begriffliches Erforderniß der Auslobung stellt der Entwurf in Uebereinstimmung mit Theorie, Praxis und Gesetzgebung die Publizität des Versprechens auf. Ohne Publizität keine Auslobung. Die Art der öffentlichen Bekanntmachung ist gleichgültig[3]).

Erforderniß der Publizität.

Grund und Zweck der Auslobung, bezw. das Interesse des Auslobenden an der durch die Auslobung herausgeforderten That können sehr verschieden sein. Das preuß. A. L. R. (I, 11 § 988) beschränkt die Auslobung auf den Fall der Aussetzung von Prämien „für nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fertigkeiten oder Unternehmungen"[4]). Ein Grund zu einer besonderen, auch in der Theorie von Manchen verfochtenen Beschränkung in Ansehung des Zweckes und des Interesses liegt indessen nicht vor. Es ist irrelevant, ob der Auslobende ein persönliches Interesse verfolgt, oder ob er z. B. durch Patriotismus oder durch Interesse für Wissenschaft, Kunst, Industrie zu der Auslobung bestimmt wird. Der Entwurf trifft, indem er als Zweck die Herstellung eines in der Bekanntmachung bezeichneten Werkes

Zweck.

---

[1]) S. Windscheid § 308 Noten 4, 5.

[2]) Sächs. G. B., Motive zu § 771 bei Siebenhaar II S. 79; Motive zum hess. Entw. IV, 1 S. 108 ff.; Motive zum bayr. Entw. S. 229 ff. S. jedoch Eccius und Dernburg a. a. O.

[3]) Windscheid § 308; Hasenöhrl II § 57 Nr. II, 3; preuß. A. L. R. I, 11 § 988; Eccius I S. 414; sächs. G. B. § 771; hess. Entw. Art. 198, bayr. Entw. Art. 753, dresd. Entw. Art. 681.

[4]) S. Dernburg II § 12 Note 7; der preuß. Entw. I, 11 § 687 zieht noch die Aussetzung einer Belohnung für die Ermittelung einer verlorenen oder gestohlenen Sache oder für irgend eine andere Jemandem nützliche Entdeckung herein.

oder die Vollbringung einer sonst darin bezeichnete Handlung nennt, alle möglichen Fälle[1]). Die allgemeinen Schranken für Rechtsgeschäfte überhaupt und für Verträge insbesondere gelten im Uebrigen auch hier (§ 343, §§ 105, 106, 206, 344). Durch die Fassung des Entwurfes sind auch solche Auslobungen nicht ausgeschlossen, bei welchen der Auslobende am Nichtvollbringen der Handlung, z. B. des Nachweises eines Fehlers, ein Interesse hat. Immer ist, wie bei jedem auf Rechtsgeschäft beruhenden Schuldverhältnisse, ernstlicher Verpflichtungswille auf Seiten des Auslobenden selbstverständliche Voraussetzung und es scheiden aus diesem Gesichtspunkte bloße öffentliche Anpreisungen mit der scheinbaren Zusicherung einer Garantie aus dem Kreise der verbindlichen Auslobung aus. Das Gesetz kann jedoch hier die Grenze nicht ziehen; dies ist die Aufgabe der richterlichen Entscheidung im einzelnen Falle.

Entstehung der Verpflichtung des Auslobenden

Der Auslobende ist kraft seines öffentlich erklärten Willens demjenigen, welcher die in der Auslobung bestimmte Leistung vollbracht hat, zur Erfüllung seines Versprechens verpflichtet. Durch das Vollbringen der That wird die

Person des Berechtigten

Person des Berechtigten bestimmt und die Voraussetzung für die Entstehung der Verbindlichkeit erfüllt. Vorher fehlt es an einem Berechtigten. Es ist vor der Vollbringung Niemand da, welcher aus der Auslobung einen auch nur bedingten Anspruch erworben hätte. Der Anspruch auf die öffentlich versprochene Belohnung ist auch, sofern in der Auslobung nicht ein Anderes bestimmt worden, dadurch allein begründet, daß die in der Bekanntmachung bezeichnete Handlung vollbracht worden ist (Abs. 2). Es kommt hiernach an sich nichts darauf an, ob die Handlung in Kenntniß der Auslobung und im Hinblicke auf dieselbe vollbracht worden ist. Der Anspruch gründet sich, vorbehaltlich anderer Bestimmung durch die Auslobung in der bezeichneten Richtung, lediglich auf das öffentlich erklärte Versprechen und die entsprechende Leistung[2]). In Betreff der Verpflichtung zur Leistung der versprochenen Belohnung und der Folgen der Nichterfüllung kommen nach § 343 die allgemeinen Vorschriften zur entsprechenden Anwendung. Hiernach entscheidet sich auch die Anwendbarkeit der Vorschriften über Gewährleistung des veräußerten Rechtes und wegen Mängel der veräußerten Sache (§ 343); nur ist gerade in letzterer Beziehung zu beachten, ob nicht, weil eine Verpflichtung aus einseitigem Versprechen in Frage steht, Wandelung und Minderung begriffsmäßig ausgeschlossen erscheinen, sowie ob und in welchem Umfange der Auslobende als Schenker anzusehen ist (§§ 443, 444).

Als streng einseitige Willenserklärung hat die Auslobung keinen „Empfänger" im Sinne des Entwurfes (§ 74 Abs. 1), weshalb auf sie die Vorschriften über Willensmängel, soweit dieselben einen Empfänger zur Voraussetzung haben (§§ 95—103), keine Anwendung finden. Kaum praktisch wegen der Seltenheit des Falles wird die Frage der Anfechtung einer Auslobung wegen Drohung oder Betruges (§ 103 Abs. 1) sein. Anfechtungsgegner wäre nach § 113 Abs. 2 Jeder, welcher aus der Auslobung den Anspruch auf die Belohnung erhebt. Die Anfechtung ist an eine Präklusivfrist von einem Jahre,

---

[1]) Ebenso sächs. G. B. und die neueren Entwürfe.

[2]) Anders nach der Vertrags- (Annahme-) Theorie, s. Vangerow § 603 Anm. 2 Nr. 3.

beginnend mit dem Zeitpunkte, in welchem die Zwangslage aufgehört hat oder der Betrug entdeckt ist, gebunden (§ 104). Hiernach könnte beim Zusammentreffen besonders ungünstiger Umstände die Präklusivfrist abgelaufen sein, ehe der Anspruch aus der Auslobung erhoben wird. Der Entwurf enthält sich wegen der geringen praktischen Wichtigkeit der Frage einer positiven Lösung derselben, insbesondere der speziellen Frage, ob der Auslobende die Anfechtung auf dem Wege des § 76 bewirken könne. Uebrigens steht dem Auslobenden, wofern er nicht auf die Widerruflichkeit der Auslobung verzichtet hat, in dem Widerrufe derselben der kürzeste und einfachste Ausweg zu Gebote.

§ 582.

Der Schwerpunkt der Kontroversen bezüglich der Auslobung liegt in der Frage der Widerruflichkeit, womit sich die weitere Frage verknüpft, ob und welche Ansprüche im Falle der Zulassung des Widerrufes gegen den Auslobenden begründet sind. Vom Standpunkte der Vertragstheorie wird die Widerruflichkeit vertheidigt[1]), wobei jedoch die Grenze, bis zu welcher ein wirksamer Widerruf erfolgen könne, im Anschlusse an das Moment, in welchem die Annahme gefunden wird, verschieden bestimmt wird. Dagegen wird die Unwiderruflichkeit als eine nothwendige Konsequenz der Pollizitationstheorie hingestellt, von Manchen jedoch mit der Modifikation, daß der Widerruf gegenüber Personen, welche schon Vorbereitungen zur Vollbringung der in der Auslobung bestimmten Handlung getroffen haben, ausgeschlossen sein soll. Streit herrscht unter den Vertheidigern der Widerruflichkeit, ob der Auslobende in Folge des Widerrufes von jedem Anspruche befreit sei, wie wenn die Auslobung niemals erfolgt wäre, oder ob der Auslobende zum Schadensersatze (insbesondere zum Ersatze des sog. negativen Interesses) verpflichtet werde[2]). Das preuß. A. L. R., welches überhaupt verlangt, daß der Auslobende eine bestimmte Zeit für die Handlung setzt, schließt den Widerruf vor Ablauf der bestimmten Zeit aus (I, 11 §§ 988, 989). Der preuß. revid. Entw. (I, 11 § 680) wiederholt zwar bezüglich der Preisausschreibungen die landrechtliche Bestimmung, erklärt aber (§ 690) sonstige Auslobungen bis zu erfolgter Mittheilung der That an den Auslobenden ohne Rücksicht auf eine etwa gesetzte Frist für frei widerruflich, ohne eine Schadensersatzpflicht zu statuiren. Das sächs. G. B. (§ 771), welches in der Auslobung nur eine unverbindliche Offerte erblickt, läßt den Widerruf so lange zu, als die der Auslobung entsprechende Leistung noch nicht erfolgt ist. Der Auslobende ist auch nicht zu irgend welchem Ersatze verpflichtet. Der hess. Entw. (IV Art. 199) und der dresd. Entw. (Art. 686) lassen mit derselben Wirkung den Widerruf bis zur erfolgen Leistung nur zu, wenn für die betreffende Handlung keine Zeit bestimmt ist; letzterenfalls ist der Widerruf ausgeschlossen, während der bayr. Entw. (Art. 785) den Widerruf bis zur erfolgten Leistung auch bei gesetzter Frist gestattet, den Auslobenden aber zum Ersatze der vor dem Widerrufe bereits aufgewendeten Arbeit und Kosten verpflichtet.

Widerruf. a) Geltendes Recht;

[1]) S. aber Entwurf §§ 80 ff.

[2]) S. Windscheid a. a. O. bei und in Noten 6, 7.

b) Entwurf: Widerruflichkeit.

Der Entwurf, obwohl auf dem Boden der Pollizitationstheorie stehend, läßt den Widerruf der Auslobung zu, falls auf denselben in der Auslobung nicht verzichtet worden. Die Annahme, daß die Unwiderruflichkeit aus der Auffassung der Auslobung als eines einseitigen, durch sich selbst verbindlichen Versprechens nothwendig folge, ist nicht begründet. Der Auslobende wird durch sein einseitiges Versprechen nur verpflichtet, weil und wie er dadurch verpflichtet sein will. Von seinem Willen hängt es ab, ob er sich durch die Auslobung unwiderruflich verpflichten oder sich den Widerruf vorbehalten will. Hat er in der Auslobung diesfalls nichts bestimmt (Satz 3, 4), so ist die Annahme natürlich, daß er sich den Widerruf vorbehalten wollte, und zwar bis zur Vollbringung der Handlung. Ist die Handlung vollbracht, so ist der Widerruf jedenfalls ausgeschlossen. Ein Annahmeakt oder eine Meldung desjenigen, welcher die Handlung vollbrachte, ist auch in dieser Richtung nicht erforderlich. Der Anspruch auf die Belohnung ist an sich mit Vollbringung der Handlung begründet; der einmal entstandene Anspruch bleibt von einem Widerrufe unberührt. Mit dem wirksamen Widerrufe wird der Auslobende von jedem Anspruche frei, wie wenn die Auslobung gar nicht stattgefunden hätte. Vor vollbrachter That besteht, wie bemerkt, keine Verbindlichkeit des Auslobenden zur Erfüllung seines Versprechens. Ebendaher ist auch im Falle des zulässigen Widerrufes von einem Schadensersatzanspruche gegen den Auslobenden, insbesondere von dem Anspruche auf den Ersatz der auf die Vollbringung der Handlung aufgewendeten Zeit, Mühe und Kosten keine Rede. Derjenige, welcher bei Widerruflichkeit der Auslobung ohne eine Garantie des Fortbestandes der Auslobung thätig geworden ist, nimmt vielmehr die Gefahr auf sich, welche aus einem Widerrufe der Auslobung vor vollbrachter That droht. Die Statuirung einer Schadensersatzpflicht hätte auch kaum lösliche Schwierigkeiten zur Folge[1]). Dem praktischen Bedürfnisse entspricht in weit höherem Maße die in Satz 4 aufgestellte Interpretationsregel.

bis zur Vollbringung der Handlung;

Verzicht auf Widerruf;

Als Verzicht auf den Widerruf (Satz 3, 4) ist es im Zweifel anzusehen, wenn in der Auslobung für das Vollbringen der Handlung eine Zeit bestimmt ist. Hierbei handelt es sich regelmäßig um solche Fälle, in welchen die betreffende Handlung Opfer an Zeit, Arbeit und Geld erfordert und der Auslobende, wie im Falle einer Preisausschreibung (§ 584), ein Resultat der Auslobung sich nicht versprechen kann, wenn den Bewerbern nicht Sicherheit dafür gewährt ist, daß ihnen die Aussicht auf Erringung der Belohnung oder des Preises nicht durch den Widerruf der Auslobung entzogen werde.

Publizität des Widerrufes.

Der Widerruf, wenn zulässig, ist nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung öffentlich bekannt gemacht worden ist (Satz 2). Diese zum Schutze des Publikums unerläßliche Vorschrift findet sich überall, wo der Widerruf zugelassen wird[2]).

Tod 2c. des Auslobenden.

Vielfach wird behauptet, der Tod des Auslobenden oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit desselben wirke in gleicher Weise, wie der zulässige

---

[1]) Windscheid § 308 Note 7.

[2]) Sächs. G. B. § 771, preuß. Entw. I, 11 § 690, hess. Entw. Art. 199, bayr. Entw. Art. 755, dresd. Entw. Art. 686.

Widerruf. Vom Standpunkte des Entwurfes aus trifft dies nicht zu; derselbe erhellt zur Genüge aus den Bestimmungen des § 89 und § 74 Abs. 3 (vergl. § 686 Satz 2). Die Analogie mit der Widerruflichkeit trifft überdies deshalb nicht zu, weil der Widerruf zu seiner Wirksamkeit der öffentlichen Bekanntmachung bedarf[1]).

§ 583.

Mehrere Vollbringer: a) Entscheidung durch Priorität;

Kann (außer dem Falle einer Preisausschreibung, § 584) die in der Auslobung bestimmte Handlung von Mehreren vollbracht werden, so ist keineswegs um deswillen allein die Annahme begründet, die Auslobung sei gar nicht ernstlich gemeint gewesen. Vielmehr ist, wenn die Handlung von Mehreren vollbracht wird, dem muthmaßlichen Willen des Auslobenden entsprechend, anzunehmen, daß, gleichviel, ob eine Zeit für die Handlung bestimmt war oder nicht, die Belohnung nur demjenigen zustehen soll, welcher die Handlung zuerst (bei einer Zeitbestimmung selbstverständlich innerhalb der Zeit) vollbracht hat[2]). Im Falle des gleichzeitigen Vollbringens sind die Mehreren in Ansehung der Belohnung zu gleichen Theilen oder Antheilen berechtigt. Wenn eine theilweise oder antheilmäßige Berechtigung durch die Beschaffenheit der Belohnung ausgeschlossen ist oder nach dem Inhalte der Auslobung nur Einer die Auslobung erhalten soll, verstellt der Entwurf in Ermangelung eines anderen Ausweges die Entscheidung zwischen den Mehreren auf das Loos. Die neueren Entwürfe lassen, wenn die Handlung gleichzeitig von Mehreren vollbracht wird, immer das Loos entscheiden[3]). Dies dürfte der Intention des Auslobenden nicht gerecht werden. Dieser entspricht vielmehr das Theilungsprinzip, soweit dessen Durchführung möglich ist; die Loosentscheidung, als letztes Auskunftsmittel, ist möglichst zu vermeiden[4]).

b) gleichzeitiges Vollbringen α. Theilung; β. Loos.

§ 584.

Preisausschreibung:

Unter den Begriff der Auslobung fallen auch die Preisausschreibungen, die öffentlichen Zusagen von Preisen für die Vollbringung einer Handlung, namentlich für die Lösung einer Aufgabe aus den Gebieten der Wissenschaft, Kunst, Technik zc. Sie bilden eine Unterart der Auslobung, welche wegen ihrer Eigenthümlichkeit einige besondere Bestimmungen erheischt.

a) Zeitbestimmung für die Bewerbung;

Zunächst ist es unerläßlich, daß bei diesen Auslobungen eine bestimmte Zeit für die Bewerbungen, d. h. für die Vollbringung der Handlung in der für die Auslobung bestimmten Weise, in der öffentlichen Bekanntmachung festgesetzt wird, da in Ermangelung einer solchen Bestimmung bei diesen auf Konkurrenz gestellten Auslobungen der Auslobende stets noch auf ein besseres

---

1) Vergl. Windscheid § 308 Note 8, § 307 Noten 2, 3.

2) Ebenso preuß. Entw. I § 689; hess. Entw. IV, 1 Art. 200, bayr. Entw. Art. 754; vergl. Windscheid § 308 Note 9.

3) Hess. Entw. Art. 204, bayr. Entw. Art. 761, dresd. Entw. Art. 685.

4) Außer in § 583 kennt der Entwurf keinen Fall der Loosentscheidung.

Werk warten und niemals genöthigt werden könnte, unter den zur Bewerbung gestellten Leistungen die endliche Wahl zu treffen[1]). Aus der Zeitbestimmung folgt die regelmäßige Unwiderruflichkeit (§ 582 Satz 4). Dem Zwecke der Preisausschreibung gemäß kann aber die Vorschrift des § 583 Abs. 1 keine Anwendung finden (Abs. 1). Selbstverständlich ist, daß, wer sich nicht innerhalb der bestimmten Zeit mit der verlangten Handlung meldet, keinen Anspruch auf den Preis hat (preuß. A. L. R. I, 11 § 992). Auch muß die gelieferte Handlung den in der Auslobung gestellten Bedingungen überhaupt entsprechen. Treten aber mehrere Bewerber auf, so ist der Inhalt der Auslobung dafür maßgebend, ob nur Einer, nämlich derjenige, welcher die vorzüglichere Handlung geleistet hat, den Preis, bezw. ob von den mehreren der Eine einen ersten, Andere einen anderen Preis erhalten sollen. Die Entscheidung darüber, ob eine Bewerbung der Auslobung entspreche, und welche von mehreren den Vorzug verdiene, erfolgt durch die in der Auslobung bezeichnete Person. In Ermangelung einer derartigen Bestimmung muß die Entscheidung dem Auslobenden selbst vorbehalten bleiben[2]). Die Uebertragung der Entscheidung auf Sachverständige im letzteren Falle[3]) involvirte eine positive, dem vermuthlichen Willen des Auslobenden widersprechende Bestimmung. Die Entscheidung ist, gleichviel, ob sie hiernach durch in der Auslobung bestimmte Personen oder durch den Auslobenden erfolgt, unanfechtbar. Die Bewerber haben sich ihr, ohne gerichtliche Entscheidung provoziren zu können, zu unterwerfen. Diese Bestimmung (Abs. 2) steht mit der Verkehrssitte wie mit der regelmäßigen Absicht des Auslobenden im Einklange (ebenso preuß. A. L. R. a. a. O. § 994).

b) Entscheidung;

Für den Fall, daß die Handlungen mehrerer Bewerber nach dem Urtheile der in der Auslobung hierzu berufenen Personen, eventuell des Auslobenden, von gleicher Preiswürdigkeit sind, giebt der Entwurf, immer vorausgesetzt, daß in der Auslobung nicht ein Anderes bestimmt ist, den Betreffenden den Anspruch auf die in § 583 Abs. 2 bestimmte Vertheilung oder Entscheidung (Abs. 3)[4]).

bei mehreren preiswürdigen Handlungen;

Noch giebt der Entwurf (Abs. 4) zur Beseitigung von Zweifeln die Bestimmung, daß, wenn in Folge der Auslobung ein Werk von einem Bewerber geliefert wird, der Auslobende auf das Eigenthum an dem Werke keinen Anspruch hat, sofern nicht aus der Auslobung ein Anderes sich ergiebt. Das Werk verbleibt, wovon auch das preuß. A. L. R. I, 11 § 995 ausgeht, im Zweifel seinem Urheber[5]).

c) Eigenthum an dem gelieferten Werke.

---

[1]) Ebenso preuß. A. L. R. I, 11 § 989; bayr. Entw. Art. 768, dresd. Entw. Art. 682.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 994; preuß. Entw. I, 11 § 685.

[3]) Hess. Entw. Art. 203, bayr. Entw. Art. 760.

[4]) Bayr. Entw. Art. 758 Abs. 2.

[5]) Ebenso hess. Entw. Art. 704, bayr. Entw. Art. 761, dresd. Entw. Art. 685.

Neunter Titel.

Auftrag.

§§ 585, 586.

Der Entwurf bestimmt im neunten Titel (§§ 585 ff.) über das aus dem Auftragsvertrage entspringende obligatorische Rechtsverhältniß zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. Die aus dem Auftrage, welcher auf die Vornahme eines Rechtsgeschäftes im Namen des Auftraggebers durch den Beauftragten (Bevollmächtigten) in Vertretung des ersteren gerichtet ist, entstehenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber (Vollmachtgeber) und dem bei dem Rechtsgeschäfte betheiligten Dritten sind im ersten Buche im Zusammenhange mit den Vorschriften über die Vertretung (§§ 115—126) normirt[1]). In der bestehenden Gesetzgebung ist diese Trennung größtentheils nicht durchgeführt; demgemäß ist auch die von den betreffenden Gesetzen und Entwürfen gewählte Terminologie meist dem Falle entnommen, wo der Auftrag auf Vertretung des Auftraggebers durch den Beauftragten gerichtet ist. Der Entwurf hat für seine Behandlung die neuere Doktrin und die Natur der Sache für sich. Der Auftrag und die zur Vertretung des Auftraggebers ermächtigende Vollmacht sind mit einander nicht nothwendig verbunden. Der Auftrag kann dahin ertheilt und angenommen sein, daß der Beauftragte in eigenem Namen handeln soll. Umgekehrt kann eine Vollmacht ertheilt sein, ohne daß ein Auftrag des Vollmachtgebers mit der Ertheilung verbunden ist. Man braucht dabei nur daran zu denken, daß die Vollmacht mit Rücksicht auf künftig zu ertheilende Aufträge durch eine Vollmachtsurkunde ertheilt wird, ein Fall, welcher insbesondere bei sog. Generalvollmachten häufig vorkommt, wenn eine allgemeine Vermögensverwaltung nicht aufgetragen ist. Ueberall trägt es zur Klarheit des Gesetzes bei, wenn das Verhältniß des Auftraggebers gegenüber Dritten von dem Verhältnisse gegenüber dem Vertreter auch äußerlich getrennt wird. In gleicher Weise verfährt das schweiz. Bundesgesetz[2]).

1. Rechtsverhältniß zwischen Auftraggeber und Beauftragtem.

---

[1]) Vergl. über die Haftung des Auftraggebers für von dem Beauftragten in Ausführung seiner Verrichtungen begangene Delikte §§ 711—713.

[2]) Windscheid I §§ 73, 74, II §§ 409 ff.; das preuß. A. L. R. handelt von „Vollmachtsaufträgen" (Machtgeber, Bevollmächtigter) in Tit. 13 I §§ 5 ff. (§§ 85 ff. Verhältniß zwischen Machtgeber und Dritten), das österr. G. B. von der „Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung" (Gewaltgeber und Gewalthaber) im 22. Hauptst. (§§ 1002 ff.; Rechte und Verbindlichkeiten des Dritten §§ 1017 ff.), der code civil von mandat ou procuration (le mandant, le mandataire) in Art. 1894—2010 (Verhältniß zu dem Dritten Art. 1997, 1998, 2005, 2009). Das sächs. G. B. giebt seine Vorschriften über die „Geschäftsführung vermöge Auftrages" (Auftrag, Mandat, Auftraggeber, Beauftragter) in §§ 1295—1327, zwar ohne die Vertretung als Hauptfall hervorzuheben, aber doch mit Anschluß einiger seine Vorschriften über die Stellvertretung (§§ 788—791) ergänzender Bestimmungen über das Verhältniß des Auftraggebers und Beauftragten zu den Dritten, mit welchen letzterer Rechtsgeschäfte im Namen des ersteren schloß (§§ 1317, 1318, 1326, 1327). Der hess. Entw. fügt

2. Wesen des Auftrages.

Verschiedene Ansichten bestehen über die Frage, worin das Wesen des Auftragsvertrages bestehe und durch welches ausschlaggebende Merkmal sich dieser Vertrag insbesondere von dem Dienstvertrage bezw. dem Werkvertrage unterscheide. Die Aufgabe, diese Frage zu lösen, entzieht sich der Erledigung durch das Gesetz. Sie fällt in das Gebiet der Wissenschaft, welcher auch ohne Besorgniß ihre Lösung überlassen werden kann. Keine Gesetzgebung hat versucht, die bezeichnete Frage durch besondere Bestimmungen zum Austrage zu bringen. In dieser Richtung ist insbesondere zu bemerken, daß auch für diejenigen Gesetzgebungen, welche als Gegenstand des Auftrages die Vertretung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften in den Vordergrund stellen, keineswegs angenommen werden darf, es sei hiermit jede andere Thätigkeit als Gegenstand des Auftrages aus dem Auftragsvertrage hinaus und etwa dem Dienstvertrage oder einer besonderen Kategorie von Verträgen zugewiesen[1]). Für das Gesetz genügt es, daß durch die Fassung der einleitenden §§ 585, 586 einerseits auf die zwischen Dienstvertrag (§ 559) und Auftragsvertrag bestehende Verschiedenheit hingewiesen, andererseits der Ergründung und Feststellung dieser Verschiedenheit durch die Wissenschaft und Praxis nicht der Weg versperrt wird. Indem § 585 im Anschlusse an die insoweit mit dem gemeinen

---

seinen Bestimmungen über den „Bevollmächtigungsvertrag" (Vollmachtgeber, Bevollmächtigter) IV, 2 Art. 266 ff. die Vorschriften über die Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Vollmachtgeber, bezw. Bevollmächtigten bei (Art. 290 ff.). Auch der bayr. Entw. hält sich in dem Abschnitte über den „Auftrags- oder Vollmachtsvertrag" (Auftraggeber, Beauftragter, Art. 685 ff.) von Einmischung der Stellvertretung, bezw. der Rechtsbeziehungen Dritter zum Auftraggeber und Beauftragten nicht frei (vergl. bayr. Entw. I Art. 31—33). Der dresd. Entw. normirt die Stellvertretung in Art. 83—91, den „Auftrag" (Auftraggeber, Beauftragter) in Art. 687 ff., gleichfalls mit Beifügung einiger aus der Bevollmächtigung sich ergebender Vorschriften über die Rechtsbeziehungen des oder der Dritten (Art. 707, 715, 716). Wie der Entwurf hält das zür. G. B. §§ 1156 ff., vergl. §§ 949 ff., und neuestens das schweiz. Bd. Ges. die Vorschriften über Stellvertretung (Vertragschließung durch Stellvertreter, Art. 36—49) und über den „Auftrag" bezw. über die obligatorischen Rechtsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Beauftragten (Art. 392 ff.) gesondert.

[1]) Vergl. für das preuß. Recht Dernburg preuß. Priv. R. II § 180, Eccius II § 141 S. 304 ff., 318 ff., Gruchot Beiträge XIV S. 326, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. II Nr. 98 S. 438, d. R. G. in Civils. II Nr. 62 S. 222 ff., Nr. 80 S. 290 ff., Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 23 S. 308, Striethorst Bd. 62 S. 106, Bd. 70 S. 341; für das franz. Recht (code civil Art. 1984, 1985) Zachariä II § 410 A. 3a; für das österr. G. B. (§ 1002) Unger II § 90 Note 40; für den bayr. Entw. Art. 685 die Motive hierzu S. 208 ff. Klar bringen den elastischeren gemeinrechtlichen Begriff des Mandates, wonach Gegenstand des Auftrages sowohl eine juristische als faktische Thätigkeit, und in ersterer Beziehung sowohl auf Vornahme eines Rechtsgeschäftes im Namen (in Vertretung) des Auftraggebers, als zwar für den Auftraggeber aber im eigenen Namen des Beauftragten gerichtet sein kann (Windscheid § 409), zum Ausdrucke das sächs. G. B. § 1295, das zür. G. B. § 1156, das schweiz. Bd. Ges. Art. 392 und der dresd. Entw. Art. 687, insofern die Verpflichtung des Mandatars dahin angegeben wird, „das aufgetragene Geschäft zu besorgen". Vergl. noch das H. G. B. Art. 360 (Kommissionär), Art. 379 (Spediteur), Entsch. d. vorm. R. O. H. G. II S. 402.

Rechte harmonirende Sprache neuerer Gesetzgebungen von „Auftrag", „Geschäft" und „besorgen" redet, ist klargestellt, daß der Auftragsvertrag ein anderer Vertrag ist, als der Dienstvertrag. Das Wort „Geschäft" aber läßt nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche und der Sprache des Entwurfes (vergl. §§ 749 ff., 634 ff., 115 ff.) insbesondere die Deutung nicht zu, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte zu verstehen, eine bloße thatsächliche Dienstleistung also nicht gemeint wäre. Eine und dieselbe Handlung kann vielmehr bald Gegenstand eines Mandatsvertrages, bald eines Dienstvertrages sein, wie im Einzelfalle auch die Entscheidung zwischen Mandat und einem anderen Vertrage (z. B. Hinterlegungsvertrag) in Frage stehen kann. Wichtiger als die prinzipielle Feststellung von Unterscheidungsmerkmalen wird es sein, im einzelnen Falle festzustellen, welche der in Ansehung der verschiedenen Vertragsverhältnisse geltenden, von einander abweichenden Vorschriften dem Willen der Vertragschließenden entspricht. Die Umstände des einzelnen Falles können auch so liegen, daß ein aus Elementen verschiedener Vertragsverhältnisse gemischter Vertrag anzunehmen ist.

a) Negotium alienum;

Der Auftrag erheischt in Beziehung auf den Beauftragten ein negotium alienum. Die bestehende Gesetzgebung weist zum Theil hierauf ausdrücklich hin, indem ausgesprochen wird, der Auftrag könne sowohl lediglich im Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten, als im Interesse des Auftraggebers und eines Dritten oder des Beauftragten oder im Interesse eines Dritten und des Beauftragten ertheilt sein, nicht aber lediglich im Interesse des Beauftragten. Diese Sätze enthalten nur einen der Wissenschaft angehörenden, zur Aufnahme in das Gesetzbuch nicht geeigneten Grundsatz. Der Entwurf enthält sich deshalb einer derartigen Bestimmung, zumal andere Vorschriften auf das erwähnte Erforderniß hinweisen (vergl. §§ 604, 680)[1].

b) Unentgeltlichkeit. Vergütung.

Im röm. Rechte galt als Grundsatz: mandatum, nisi gratuitum, nullum est (l. 1 § 4 D. h. t. 17, 1). Der Streit über den Grund dieser römischrechtlichen Auffassung kann dahingestellt bleiben. Wenn auch in der Theorie des gemeinen Rechtes theilweise noch an dem Grundsatze festgehalten und in der Unentgeltlichkeit gerade das karakteristische Merkmal des Mandates gegenüber dem Dienstvertrage gefunden wird, so ist doch, wie von gewichtigen Autoritäten des gemeinen Rechtes und der überwiegenden gemeinrechtlichen Praxis anerkannt wird, den Anschauungen und dem Verkehre der Gegenwart jenes Erforderniß fremd. Die Unentgeltlichkeit der Auftragsvollziehung bildet kein wesentliches Requisit des Auftragsvertrages, wenn auch darin, daß Dienste unentgeltlich zu leisten sind, in concreto immerhin ein wichtiges Moment für die Annahme eines Auftragsverhältnisses liegen mag. Hierin stimmt der Entwurf mit der bestehenden Gesetzgebung überein, welche, wenn sie auch zum

---

[1]) Vergl. l. 2 pr. § 6, l. 6 § 5 D. mandati 17, 1; für das preuß. Recht Eccius II § 141 S. 303 f., Dernburg II § 180 Nr. 5, Gruchot XIV S. 332; zür. G. B. § 1160; sächs. G. B. § 1300; bayr. Entw. Art. 686, hess. Entw. Art. 267, dresd. Entw. Art. 688. Der code civil, das österr. G. B. und das schweiz. Bd. Ges. enthalten keine derartige Bestimmung; vergl. noch die Gesetzeszitate zu § 604.

Theil hervorhebt, daß das Mandat an sich unentgeltlich sei, doch zugleich ausspricht oder so zu verstehen ist, daß durch die Vereinbarung einer Vergütung an dem Wesen des Mandates nichts geändert wird[1]). Diesen letzteren Gedanken bringt der Entwurf (§ 586 Satz 1) zum klaren Ausdrucke. Die Vereinbarung einer Vergütung kann, wie in der Gesetzgebung gleichfalls anerkannt ist, auch stillschweigend erfolgen. Der zweite Satz des § 586 richtet sich insbesondere gegen die Auffassung, als ob, weil die Unentgeltlichkeit des Mandates dem juristischen Wesen desselben entspreche, die Vermuthung gegen die dem Beauftragten eine Vergütung zusichernde Vereinbarung spreche. Eine solche Auffassung wäre mit den Ansichten, welche, wie die tägliche Erfahrung lehrt, sowohl im Handelsverkehre (vergl. H. G. B. Art. 290) als im bürgerlichen Verkehre vorherrschen, im Widerspruche. In der gegenwärtigen Zeit sind die Fälle überaus zahlreich, in welchen ein Mandat übernommen wird ohne jede Vereinbarung über eine dem Beauftragten zu gewährende Vergütung, während die Umstände klar erkennen lassen, daß der Beauftragte zur Uebernahme des Auftrages nur unter der dem Auftraggeber nicht unbekannt gebliebenen Voraussetzung sich verstanden hat, seine Leistung werde vergolten werden. In solchen Fällen dem Beauftragten den Anspruch auf die Vergütung zu entziehen, wäre nicht möglich, ohne dem praktischen Leben und seinen Bedürfnissen die Berücksichtigung zu versagen. In der betreffenden Beziehung besteht heutzutage zwischen Dienstvertrag (§ 559 Abs. 2) und Auftragsvertrag kein Unterschied. Wenn nach den Umständen die Geschäftsbesorgung nur gegen Vergütung zu erwarten war, so muß eine solche auch dem Beauftragten in gleicher Weise wie dem Dienstverpflichteten zugestanden werden. Auf die Vereinbarung der Vergütung finden im Uebrigen die allgemeinen Vorschriften (vergl. bes. §§ 353, 354) Anwendung. Durch das Versprechen einer Vergütung allein nimmt der Auftrag jedoch noch nicht (wie der Dienstvertrag § 559) den Karakter eines gegenseitigen Vertrages an (vergl. § 597, 598, 596). Andererseits involvirt ein unentgeltliches Mandat an sich noch keine Schenkung; es werden gewöhnlich die wesentlichen Requisite einer solchen (§ 437) fehlen, wenn auch nach den besonderen Umständen in der unentgeltlichen Uebernahme und Ausführung eines Auftrages eine Schenkung liegen kann.

3. Form. Der Auftragsvertrag ist an keine Form gebunden. Gleichgültig ist, in welchen Ausdrücken der Auftrag ertheilt wird[2]). Nach allgemeinen Grundsätzen können die Auftragsertheilung sowohl als die Annahme des Auftrages auch stillschweigend erfolgen. Ein Vorbehalt diesfalls im Gesetze ist überflüssig[3]). Wenn im Anschlusse an das röm. Recht im sächs. G. B. und im dresd.

---

[1]) Windscheid § 409, § 410 a. E.; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. I S. 207 ff., IV S. 314 ff.; preuß. A. L. R. I, 13 §§ 74—79, Eccius II S. 324 ff.; code civil Art. 1986, hierzu Zachariä II § 410 A. 5, 6; österr. G. B. § 1004, 1013 Satz 1; zür. G. B. § 1119; sächs. G. B. § 1299; schweiz. Bd. Ges. Art. 392 Abs. 2; hess. Entw. Art. 274, bayr. Entw. Art. 688, dresd. Entw. Art. 689.

[2]) L. 1 pr. §§ 1, 2 D. h. t. 17, 1; sächs. G. B. § 1297; österr. G. B. § 1157.

[3]) Windscheid § 409 Note 2; zür. G. B. § 1158; hess. Entw. Art. 272 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 689 Abs. 1; preuß. A. L. R. I, 13 § 7.

Entwurfe derjenige, welcher, ohne zu widersprechen, geschehen lasse, daß seine Geschäfte in seiner Gegenwart von einem Anderen geführt werden, als Auftraggeber bezeichnet wird, so ist dieser Ausspruch nicht unbedenklich, einmal weil er die Auslegung des einzelnen Falles beengt (vergl. § 758 Satz 2), sodann weil hieraus ein mißliches argumentum e contrario abgeleitet werden könnte. Auch hier läßt man am besten der richterlichen Beurtheilung des einzelnen Falles freien Raum[1]). Wollte man über den stillschweigend ertheilten Auftrag (resp. über die stillschweigend ertheilte Vollmacht) überhaupt Bestimmungen treffen, so müßte man das nicht zu erschöpfende Gebiet der Kasuistik betreten. Der Entwurf giebt auch keine Bestimmungen über den zu vermuthenden Auftrag (die zu vermuthende Vollmacht). Dieses Rechtsinstitut ist, wie es auch gestaltet werden möge, mit praktischen Uebelständen verbunden und mancherlei Streitigkeiten hervorzurufen geeignet. Auch wäre ein wesentlicher Nutzen um so weniger davon zu erwarten, als die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag meist sich als genügend erweisen werden[2]). Stillschweigend ertheilter, vermutheter Auftrag.

Im preuß. A. L. R. ist der sog. Verwaltungsvertrag besonders geregelt. Dieser Vertrag kann jedoch, zumal nach dem Inhalte der Vorschriften über Dienstvertrag und Auftrag (§§ 559, 585, 586) als ein besonderer, der selbständigen Regelung bedürfender Vertrag nicht anerkannt werden. Er stellt sich entweder als ein gewöhnlicher Auftragsvertrag oder als Dienstvertrag, oft aber als ein gemischter Vertrag dar. In Beziehung auf die hierbei vorzugsweise in Betracht kommende Rechnungspflicht genügen die Vorschriften der §§ 591, 592[3]). 4. Verwaltungsvertrag.

Des Weiteren bedarf es so wenig, als für die Vollmachtsertheilung, spezieller Vorschriften über die Fragen, ob zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes, welches der Auftraggeber selbst wirksam vorzunehmen gesetzlich verhindert ist, derselbe gültigerweise einen Auftrag ertheilen kann, welche Rechtsgeschäfte wegen Unzulässigkeit der Vertretung auch nicht Gegenstand eines gültigen Auftragsvertrages sein können und inwiefern ein Auftrag in einer offenen (Blanket) oder auf Ordre lautenden Urkunde gültig ertheilt werden kann. Zur Beantwortung dieser Fragen genügen die im Gesetzbuche sich findenden Vorschriften, insbesondere die darin enthaltenen allgemeinen Rechtsnormen und die daraus herzuleitenden Folgerungen[4]).

Der Umfang des ertheilten Auftrages bemißt sich nach dem erforderlichenfalls aus den Umständen zu ermittelnden Willen des Auftraggebers (§§ 73, 359). Dies im Gesetz hervorzuheben[5]), ist überflüssig. Das bestehende Recht enthält 5. Umfang des Auftrages.

---

[1]) L. 6 § 2, l. 18, 53 D. h. t. 17, 1, l. 6 Cod. 4, 35; sächs. G. B. § 1297; dresd. Entw. Art. 690 Abs. 1; für das preuß. Recht s. Eccius II § 141 A. 36 zu A. L. R. I, 13 § 4.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 13 §§ 119, 120, 122—128, §§ 129—139; Eccius II S. 314 f.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 14 §§ 107—177; hierzu Eccius II § 142, Dernburg II § 184.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 18, §§ 29 ff., §§ 112, 113; Eccius II § 141 A. 16 f., 38, 62 f.

[5]) Vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 394 Abs. 1; bayr. Entw. Art. 690 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 691 Satz 1, hess. Entw. Art. 273; österr. G. B. § 1029; sächs. G. B. § 1296.

Spezialauftrag.

mehr oder weniger eingehende, in Ansehung der einzelnen Geschäfte, welche ein Spezialmandat erfordern, zum Theil unter sich verschiedene Vorschriften über den Spezialauftrag (und die Spezialvollmacht). Der Entwurf enthält sich derartiger Bestimmungen im Wesentlichen aus denselben Gründen, welche für die Nichtaufnahme derartiger Bestimmungen bei der Vollmachtsertheilung maßgebend waren[1]).

§ 587.

6. Ablehnung; Anzeigepflicht.

Nach dem zweifellos sachgemäßen Vorgange des geltenden Rechtes legt der Entwurf Personen, welche zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt sind oder sich öffentlich erboten haben, falls sie einen auf solche Geschäfte beziehenden Auftrag nicht annehmen, die Verpflichtung auf, dem Auftraggeber die Ablehnung ohne Verzug anzuzeigen. In Frage konnte nur kommen, welche Rechtsfolgen an die Nichterfüllung jener Verpflichtung zu knüpfen sind, ob nach dem Vorbilde des Art. 323 des H. G. B. und anderer Gesetzgebungen die Fiktion der Annahme des Auftrages[2]) oder nach dem Vorbilde anderer Gesetze[3]), insbesondere der Rechtsanwaltsordn. v. 1. Juli 1878 (§ 30), die Schadensersatzpflicht. Der Entwurf entscheidet sich für die zweite Alternative. Dies entspricht allgemeinen Grundsätzen, während eine Fiktion sich nur aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit rechtfertigen ließe. An solchen fehlt es. Jene Fiktion führt auch im Wesentlichen kaum zu einem anderen Ergebnisse, als das Prinzip der Schadensersatzpflicht. Sie stellt im Wesentlichen nur in Ansehung der Beweislast den Auftraggeber etwas günstiger. Dieser Vortheil ist zu gering, um eine anomale Vorschrift zu rechtfertigen, welche, wie schon bei der Berathung des § 30 der Rechtsanwaltsordn. zur Sprache gekommen, außerdem mit dem schweren Uebelstande verbunden ist, daß sie nicht paßt, wenn die Annahme des Auftrages aus dem einen oder anderen Grunde nach gesetzlicher Bestimmung unzulässig ist. — Uebrigens genügt für das Gesetz der Ausspruch der kraft Gesetzes eintretenden Anzeigepflicht. Die Schadensersatzpflicht folgt hieraus von selbst.

§ 588.

7. Haftung für Fahrlässigkeit.

Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag pünktlich auszuführen und haftet dabei wegen jeder Fahrlässigkeit. Hierin stimmt der Entwurf im Wesent-

---

[1]) S. für das gemeine Recht (mandatum speciale) Sintenis, Civ. R. II § 113 Nr. I 4, bes. A. 24; Bayer, Vorträge S. 346 ff; preuß. A. L. R. I, 13 §§ 98—109, 118; Gruchot XIV S. 401; code civil Art. 1987, 1988, 1989; Zachariä II § 413; österr. G. B. §§ 1006—1008, 1029; sächs. G. B. § 1306; schweiz. Bd. Ges. Art. 394 Abs. 2; hess. Entw. Art. 268, 269, 270, 273, bayr. Entw. Art. 690, dresd. Entw. Art. 691; vergl. H. G. B. Art. 42, 47 (R. O. H. G. XXIV S. 196 ff.), Art. 460, 512.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 13—17; zür. G. B. § 1159; sächs. G. B. § 1298; schweiz. Bd. Ges. Art. 393; hess. Entw. Art. 272 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 689 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 690 Abs. 2.

[3]) Oesterr. G. B. § 1003.

lichen mit dem geltenden Rechte, abgesehen vom preuß. A. L. R., überein[1]). Maßgebend ist der Gesichtspunkt einerseits des vom Auftraggeber dem Beauftragten bewiesenen Vertrauens und auf Seite des letzteren, daß er ein fremdes Geschäft zu besorgen übernimmt. Einer besonderen Bestimmung bedarf es für den Entwurf Angesichts der Vorschriften in § 224 Abs. 1 (§ 144 Abs. 1) nicht.

Für das gemeine Recht legt die herrschende Meinung dem Mandatar die Substitutionsbefugniß bei, außer es wäre ihm vom Mandanten die Substitution untersagt oder dieselbe nach der Natur und Beschaffenheit des Geschäftes ausgeschlossen. Andere bezeichnen die persönliche Ausführung des Mandates durch den Beauftragten als das dem Wesen des Mandates Entsprechende. Wieder von anderer Seite wird auf den Inhalt des konkreten Vertrages verwiesen. Die moderne Gesetzgebung versagt im Gegensatze zur Auffassung der französischen Jurisprudenz für die Regel dem Beauftragten die Substitutionsbefugniß[2]). Die Frage ist vom legislativen Standpunkte aus keineswegs zweifellos und zu wichtig, um durch Verweisung auf die allgemeine Bestimmung des § 226 erledigt werden zu können; denn es fragt sich, ob der Beauftragte durch die Bestellung eines Substituten seine Pflichten verletzt oder nicht. Die meisten Aufträge werden nicht ohne Rücksicht auf das persönliche Vertrauen ertheilt, welches der Auftraggeber in den Beauftragten setzt. Hierdurch rechtfertigt sich für die Regel die Versagung der Substitutionsbefugniß. Der Entwurf stellt aber, um die freie Beurtheilung des einzelnen Falles, ob die Substitutionsbefugniß etwa nach den Umständen als stillschweigend beigelegt zu erachten, nicht zu beengen, nur eine Auslegungsregel auf. In concreto ist hiernach auch zu beurtheilen, ob der Beauftragte beim Vorliegen besonderer unvorhergesehener Umstände, welche sein persönliches Handeln verhindern oder erschweren, zur Bestellung eines Substituten befugt ist. Von selbst versteht sich wohl, daß der Beauftragte diesfalls dem Auftraggeber ungesäumt Anzeige

8. Substitutionsbefugniß.

---

[1]) Windscheid § 410 Note 4; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VI S. 213, XI S. 146 ff.; code civil Art. 1991, 1992, Zachariä II § 413 A. 1a, 3; österr. G. B. § 1009, Unger II § 102 Note 23; sächs. G. B. §§ 1302, 728, 729; hess. Entw. IV, 2 Art. 275 Abs. 2, IV, 1 Art. 142 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 691 Abs. 4, dresd. Entw. Art. 229, 230; schweiz. Bd. Ges. Art. 392, 396, 113 (nach letzterem ist, wie nach dem code civil a. a. O., die Haftung milder zu beurtheilen, wenn das Mandat unentgeltlich übernommen wurde). Das preuß. A. L. R. verpflichtet dagegen den Mandatar in der Regel zur Anwendung des Maßes von Sorgfalt, welches er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Kann hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht ausgemittelt werden oder ist das Mandat gegen Belohnung übernommen, so tritt Haftung für mäßiges Versehen ein. Der Kunst- und Sachverständige aber, welcher einen Auftrag gegen Belohnung übernahm, haftet auch für geringes Versehen (I, 13 §§ 54—58). — Vergl. H. G. B. Art. 361, 380, 282.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 37; österr. G. B. § 1010; zür. G. B. § 1171; sächs. G. B. § 1307; schweiz. Bd. Ges. Art. 396; hess. Entw. Art. 276, bayr. Entw. Art. 694, dresd. Entw. Art. 692. Der code civil enthält keine besondere Bestimmung; die herrschende Meinung folgert aus Art. 1994, daß der Beauftragte in der Regel Substitutionsbefugniß habe, Zachariä II § 413 bei und in A. 16.

zu machen verpflichtet ist (arg. § 590 Satz 2, vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 59). Solchenfalls aber dem Beauftragten ohne Weiteres das Substitutionsrecht beizulegen oder gar ihm allgemein die Substitutionspflicht aufzuerlegen[1]), wäre bedenklich, letzteres auch im geltenden Rechte nicht begründet und mit der Gefahr folgenschwerer Unbilligkeit gegen den Beauftragten verbunden.

Zuziehung von Gehülfen; Die allgemeine Fassung der Auslegungsregel des § 588 macht auch eine besondere Entscheidung der Frage entbehrlich, ob der Beauftragte sich bei Erledigung des Auftrages nicht eines Gehülfen bedienen dürfe. Der in concreto zu ermittelnde Wille des Auftraggebers ist entscheidend darüber, ob dem Beauftragten nur die Befugniß nicht zusteht, einem Anderen die selbständige Ausübung des Geschäftes zu überlassen, wohl aber die Befugniß, sich bei der Erledigung des Auftrages eines Gehülfen zu bedienen, was allerdings in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen in größerem oder geringerem Umfange zu bejahen keinem Bedenken unterliegen wird.

§ 589.

a) Haftung gegenüber dem Auftraggeber α. für den Substituten, Geltendes Recht ist, daß der Beauftragte, wenn er in Fällen, in denen er hierzu befugt ist (§ 588), einen Substituten bestellt, nur wegen einer bei dieser Uebertragung der Geschäftsbesorgung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit dem Auftraggeber haftet, d. h. wegen Fahrlässigkeit in der Auswahl des Substituten, wegen Versäumung einer ausreichenden Instruktion des Substituten, insbesondere durch Unterlassung der Mittheilung der Instruktion des Auftraggebers[2]). Dies spricht § 589 im ersten Satze aus, wonach § 224 Abs. 2 auf diesen Fall keine Anwendung findet. Denn in der pflichtmäßigen Substitution liegt in der Regel die Erfüllung der aus dem Auftragsvertrage für den Beauftragten entspringenden Verpflichtung, wonach der Beauftragte regelmäßig für die Handlungen seines Substituten nicht einzustehen hat. Hierdurch ist nicht negirt, daß unter besonderen Umständen eine wirksam werdende Aufsichtspflicht des Beauftragten fortbestehen kann. Läßt sich der Beauftragte bei einer an sich zulässigen Substitution eine Fahrlässigkeit in den angegebenen Beziehungen zu Schulden kommen, so haftet er dem Auftraggeber für allen hieraus entstandenen Schaden nach allgemeinen Grundsätzen[3]). Diese Haftung ist insbesondere nicht, wie im Anschlusse an eine ältere gemeinrechtliche Theorie in einigen neueren Entwürfen angenommen ist, eine blos

---

[1]) Siebenhaar, Komm. des sächs. G. B. II S. 312; bayr. Entw. Art. 691 Abs. 3, dresd. Entw. Art. 698.

[2]) Windscheid § 410 Note 6; preuß. A. L. R. a. a. O. § 39; österr. G. B. § 1010 Satz 2; zür. G. B. § 1172; sächs. G. B. § 1308; schweiz. Bd. Ges. Art. 397; hess. Entw. Art. 277, bayr. Entw. Art. 695, dresd. Entw. Art. 693. Für das franz. Recht s. code civil Art. 1994, Zachariä II § 413 A. 16 ff. Vergl. § 616 und zu § 224 Abs. 2.

[3]) Hess. Entw. Art. 277, 278, bayr. Entw. Art. 695; s. Gruchot a. a. O. XIV S. 351 ff.

subsidiäre, selbst dann nicht, wenn der Beauftragte den Substituten in Vertretung des Auftraggebers bestellt hat und hierdurch ein unmittelbares Rechts- (Auftrags-) Verhältniß zwischen Auftraggeber und Substituten begründet worden ist.

Hat der Beauftragte sich befugter Weise bei der Ausführung des Auftrages eines Gehülfen bedient, so ist jener bei der befugten und pflichtmäßigen Substitution ausschlaggebende Gesichtspunkt, daß der Beauftragte hiermit seiner Vertragspflicht für die Regel Genüge gethan, nicht zutreffend. Der Beauftragte behält vielmehr hier die Erledigung des Geschäftes selbst in der Hand; er hat also nach Maßgabe der Vorschrift des § 224 Abs. 2 für den Gehülfen zu haften¹). β. für Gehülfen.

In der bestehenden Gesetzgebung werden die Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem rechtmäßig bestellten Substituten besonders normirt. In der gemeinrechtlichen Theorie ist die Ansicht vertreten, der Beauftragte scheide solchenfalls aus dem Obligationsnexus für die Zukunft aus; an seine Stelle trete der Substitut, welcher demgemäß als Mandatar in direkte Beziehung zu dem Auftraggeber trete²). In modernen Gesetzen wird, wenn auch nicht mit dieser Konsequenz, vielfach allgemein eine unmittelbare Verantwortlichkeit des Substituten gegenüber dem Auftraggeber statuirt und deshalb dem letzteren ein unmittelbares Klagerecht gegen den Substituten zugesprochen³), zum Theil allerdings auf Grund einer cessio ficta⁴). Jene weitergehende Anschauung kann nicht gebilligt werden. Eine cessio ficta ist dem Entwurfe als Prinzip überhaupt fremd; sie hier zu Hülfe zu nehmen, besteht im Hinblicke auf die auch die Zession der Ansprüche des Beauftragten gegen den befugter Weise bestellten Substituten umfassende Vorschrift des § 592 kein Bedürfniß. Eine andere Beurtheilung tritt ein, wenn in der Ertheilung der Substitutionsbefugniß zugleich die Ermächtigung des Beauftragten seitens des Auftraggebers liegt, im Namen und in Vertretung des Auftraggebers mit dem Substituten einen neuen Auftragsvertrag dergestalt zu schließen, daß zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten unmittelbare Rechtsbeziehungen sich ergeben und die Ausübung des Rechtes durch den Beauftragten eine Erledigung des diesem ertheilten Auftrages enthält. Dies ist aber eine Thatfrage, welcher durch den Entwurf so wenig als der Frage vorgegriffen wird, ob nicht in der Beilegung des Substitutionsrechtes im Zweifel auch die Bevollmächtigung des Beauftragten, in der bezeichneten Weise zu verfahren, zu finden sei. Ein Bedürfniß, diese Frage durch das Gesetz zu entscheiden, liegt nicht vor⁵). b) Verhältniß zwischen Auftraggeber und Substituten.

---

¹) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 46 (Haftung für Versehen in Auswahl und Aufsicht); zür. G. B. § 1172 (Haftung nur für culpa in eligendo).

²) Windscheid § 410 Note 6.

³) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 40, Gruchot XIV S. 352; code civil Art. 1994, Zachariä II § 413 A. 19.

⁴) Sächs. G. B. §§ 1308, 1309 (Bemerkungen Siebenhaars zu § 1307, II S. 314); schweiz. Bd. Ges. Art. 397; hess. Entw. Art. 278, bayr. Entw. Art. 695, dresd. Entw. Art. 693.

⁵) Vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXIV S. 199.

c) Folgen unbefugter Substitution.

Der Entwurf giebt keine Bestimmung über den Fall, wenn der Beauftragte in unbefugter Weise einen Substituten bestellt hat. Selbstverständlich bleibt der Beauftragte dem Auftraggeber für alle Ansprüche aus der Geschäftsbesorgung verhaftet. Wenn diesfalls positiv vorgeschrieben wird, daß der Beauftragte nur für die schuldbaren Handlungen des Substituten aufzukommen habe[1]), so ist dies nicht zu billigen. In der unbefugten Substitution liegt eine (kontraktwidrige) Pflichtverletzung, in Folge deren der Beauftragte dem Auftraggeber für jeden Schaden einzustehen hat, von dem feststeht, daß er im Falle der unterbliebenen Substitution nicht eingetreten wäre[2]). Weder Rücksichten der Billigkeit gegenüber dem Beauftragten rechtfertigen eine Abweichung hiervon, zumal heutzutage von der Unentgeltlichkeit des Mandates nicht ausgegangen werden darf, überdies der Beauftragte auch im Falle der Unentgeltlichkeit für omnis culpa haftet, noch läßt sich das Interesse des Auftraggebers für eine Abschwächung der Haftung geltend machen. Denn in der Versagung des Substitutionsrechtes liegt der Beweis, daß der Auftraggeber durch die Substitution seinem Interesse nicht gedient findet, und erleidet er durch pflichtwidrige Substitution einen Schaden, so muß demgemäß auch der Beauftragte für die Folgen seiner Pflichtverletzung in vollem Umfange einstehen. Er haftet also, wie im Falle des § 589 bei Fahrlässigkeit in der Auswahl oder Instruktion, für den aus der Pflichtversäumung entstandenen Schaden nach allgemeinen Grundsätzen. Die gleiche Beurtheilung tritt ein, wenn der Beauftragte unbefugt einen Gehülfen zugezogen hat.

Die im geltenden Rechte vertretene Anschauung, daß bei unbefugter Substitution der Auftraggeber den Dritten als Geschäftsführer ohne Auftrag in Anspruch nehmen könne[3]), ist nach dem Entwurfe nur unter den Voraussetzungen des § 760 zutreffend. Ebendeshalb wäre eine solche Bestimmung hier falsch.

Hinsichtlich der Frage, ob der Auftraggeber im Falle unbefugter Substitution die Zession der Ansprüche des Beauftragten gegen den Substituten zu verlangen berechtigt sei (schweiz. Bd. Ges. Art. 397 Abs. 3), kommt zunächst in Erwägung, ob ein solches Recht in der Vorschrift des § 592 begründet ist. Bejahendenfalls wäre eine Vorschrift ohnedies entbehrlich. Ist aber aus dem Gesichtspunkte, daß in der unbefugten Substitution keine Ausführung des Mandates liege, für das Gegentheil zu entscheiden, so enthielte die Beilegung jenes Rechtes eine positive, durch kein Bedürfniß gebotene Vorschrift. In Betracht kommt auch die der Verpflichtung des Beauftragten entsprechende Verpflichtung desjenigen, welcher ohne Auftrag das Geschäft eines Anderen besorgt hat (§ 751).

---

[1]) Dresd. Entw. Art. 694, bayr. Entw. Art. 696; zür. G. B. § 1171; anscheinend preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 38, 48, s. Eccius II § 141 Anm. 94.

[2]) Windscheid § 410 Note 5a; vergl. österr. G. B. § 1010 Satz 1; sächs. G. B. § 1308; schweiz. Bd. Ges. Art. 397 Satz 1, 3; hess. Entw. Art. 277 Abs. 2 (Motive S. 112).

[3]) Dernburg II § 181 N. 10; sächs. G. B. § 1309; hess. Entw. Art. 279, bayr. Entw. Art. 696 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 694.

§ 590.

Zweifellos hat der Beauftragte sich nach den Anweisungen des Auftraggebers zu richten und dessen Interesse nach dem Inhalte des Auftrages und der Sachlage gebührend wahrzunehmen (§ 224 Abs. 1, § 359). Auch nachträgliche Anweisungen des Auftraggebers hat er zu befolgen, soweit ihm nicht eine Thätigkeit angesonnen wird, zu welcher er sich nicht verpflichtet hat[1]). Von einer ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Anweisung darf der Beauftragte bei der Ausführung nur abweichen, wenn Umstände vorliegen, welche die Annahme begründen, die Abweichung würde von dem Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage gebilligt werden. Von dieser Auffassung, daß der Auftraggeber dem Beauftragten die Befugniß ertheilt habe, von der Anweisung unter solchen Umständen abzuweichen, gehen im Wesentlichen auch die Bestimmungen der bestehenden Gesetzgebung, soweit diese sich mit der Frage befaßt, aus[2]). Es entspricht aber der Natur des Verhältnisses und der Rücksicht auf die bona fides, daß der Beauftragte, ehe er zu der Abweichung von der Anweisung schreitet, soweit thunlich, dem Auftraggeber Anzeige erstatte und dessen Entschließung einhole. Mit dem schweiz. Bd. Ges. hebt der Entwurf die entsprechende Verpflichtung sachgemäß hervor[3]). Eine andere Frage ist, ob dem Beauftragten in den Fällen, in welchen er von der Anweisung abzuweichen befugt ist, auch die Verpflichtung zur Abweichung obliegt. Die Abweichungspflicht ist, wenn sie auch an sich in dem Vertragsverhältnisse begründet sein mag, augenscheinlich an strengere Voraussetzungen gebunden; ob diese vorhanden sind, läßt sich nur nach den besonderen Umständen des gegebenen Falles beurtheilen.

9. Anweisungen des Auftraggebers; Abweichung.

Die Grenzen des Auftrages sind von dem Beauftragten selbstverständlich einzuhalten (l. 5 pr. D. h. t. 5, 1). In einigen Gesetzgebungen ist der Fall besonders vorgesehen, wenn der Beauftragte das aufgetragene Geschäft unter ungünstigeren Bedingungen zu Stande bringt, als sie ihm vom Auftraggeber vorgeschrieben waren, z. B. unter dem ihm gesetzten Preise verkauft oder den für den Einkauf gesetzten Preis überschreitet. Die betreffenden Bestimmungen[4]) beruhen auf der auch im röm. Rechte herrschend gewordenen Auffassung, daß,

Ueberschreitung der Grenzen des Auftrages.

---

[1]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 49 ff.; code civil Art. 1989 Satz 1; österr. G. B. § 1009; zür. G. B. § 1166; sächs. G. B. § 1303; schweiz. Bd. Ges. Art. 392; hess. Entw. Art. 275, bayr. Entw. Art. 691, dresd. Entw. Art. 695; vergl. H. G. B. Art. 361, 362, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VI Nr. 70 S. 313.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 53 (Dernburg § 181 lit. a); zür. G. B. § 1167, 1168; sächs. G. B. § 1304; schweiz. Bd. Ges. Art. 395; dresd. Entw. Art. 396; vergl. § 617.

[3]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 395; vergl. Hahn, Kommentar zum H. G. B. (2. Aufl.) II S. 428 ff., R. O. H. G. VI S. 313 ff.

[4]) L. 3 § 2, l. 4, l. 5 § 3 D. h. t. 17, 1; § 8 Inst. h. t. 3, 26; Dernburg II § 181 Note 15; zür. G. B. §§ 1169, 1170, 1180 Abs. 1; sächs. G. B. § 1305; schweiz. Bd. Ges. Art. 395 Abs. 2; bayr. Entw. Art. 400, dresd. Entw. Art. 697; vergl. H. G. B. Art. 363 (Hahn II S. 446 ff., 450, 452, R. O. H. G. IV Nr. 1), Art. 364, 369.

abgesehen von einer Genehmigung des Auftraggebers (§ 590), der Auftrag nur dann als erfüllt gelten könne, wenn der Beauftragte den durch die ungünstigeren Bedingungen für den Auftraggeber entstandenen Nachtheil übernehme. Der Entwurf enthält sich einer derartigen Bestimmung. Die Lösung der solchenfalls entstehenden Fragen kann füglich der Wissenschaft und Praxis überlassen werden nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze. Diese können in vielen Fällen zu dem führen, was jene Gesetze bestimmen, in anderen Fällen aber auch ein abweichendes Ergebniß liefern, insbesondere dann, wenn der Auftraggeber genöthigt werden würde, wider seinen Willen von dem Beauftragten eine Schenkung anzunehmen. Als eine Abweichung vom Auftrage oder Ueberschreitung der Grenzen desselben wird es in der Regel nicht erscheinen, wenn der Beauftragte unter günstigeren als den vom Auftraggeber gesetzten Bedingungen das aufgetragene Geschäft ausführt. Insoweit handelt der Beauftragte regelmäßig im vermuthlichen Willen und Interesse des Auftraggebers. Indeß können die Verhältnisse auch so liegen, daß ein Abschluß zu vortheilhafteren als den angegebenen Bedingungen in der That als nicht im Willen und Interesse des Auftraggebers gelegen angesehen werden muß[1]).

10. Rechtsverhältniß mehrerer Beauftragter.

Mehrere Gesetze enthalten ferner für den Fall, daß mehrere Beauftragte zugleich bestellt sind, besondere Vorschriften, indem sie zum Theil in Beziehung auf das Verhältniß zum Auftraggeber bezw. zu Dritten, mit welchen die mehreren Beauftragten Geschäfte abschlossen, bestimmen, daß sie nur in Gemeinschaft mit Wirkung für den Auftraggeber handeln und besonders nur zusammen ihn Dritten gegenüber verbindlich machen können[2]), theils die Haftung der mehreren Beauftragten als Gesammtschuldner dem Auftraggeber gegenüber festsetzen[3]). In der ersteren Beziehung stehen diese Vorschriften mit denen über die Bevollmächtigung im engsten Zusammenhange. Für die Vollmacht sind ähnliche Bestimmungen nicht aufgenommen. Der Entwurf sieht deshalb, zumal es sich nur um eine wenig praktische Auslegungsregel über den Sinn des Mandates handeln könnte, auch hier von einer solchen Bestimmung ab. Anlangend die Haftung mehrerer Mandatare gegenüber dem Auftraggeber, so ist hier so wenig als in Ansehung der Haftung mehrerer Geschäftsführer ohne Auftrag ein Grund vorhanden, die allgemeinen Vorschriften über die Theil- und Gesammtschuldverhältnisse und die Schuldverhältnisse bei untheilbaren Leistungen (§§ 320—341) von der Anwendung auszuschließen[4]).

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 51; sächs. G. B. § 1305; Hahn, Komm. II zu Art. 361 S. 432, zu Art. 372 S. 490.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 206—209; bad. L. R. Satz 1995a; österr. G. B. § 1011; zür. G. B. § 1176; sächs. G. B. § 1313; schweiz. Bd. Ges. Art. 401 Abs. 2; hess. Entw. Art. 280, bayr. Entw. Art. 697, dresd. Entw. Art. 701.

[3]) L. 60 § 2 D. h. t. 17, 1; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 201—203, vergl. I, 5 §§ 424, 426, 427, Gruchot XIV S. 454 ff. (s. zu §§ 320, 321); zür. G. B. § 1175; sächs. G. B. § 1313, schweiz. Bd. Ges. Art. 401 Abs. 2; hess., bayr., dresd. Entw. a. d. a. O.; dagegen code civil Art. 1195.

[4]) S. Entwurf §§ 634—637, § 763 Satz 2, 3, § 764 Abs. 1, § 44 Abs. 5, 7, § 50, § 1652, § 1893, ferner §§ 713, 714, §§ 47, 56, § 1696.

§ 591.

Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber auf Verlangen auch schon vor Erledigung des Auftrages Auskunft über den Stand des aufgetragenen Geschäftes zu ertheilen (preuß. A. L. R. I, 13 § 60), sowie dem Auftraggeber über die Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen. Die erstgenannte Verpflichtung folgt aus dem Wesen des Auftragsverhältnisses von selbst und braucht im Gesetze so wenig ausgesprochen zu werden, als die Verpflichtung des Auftraggebers, nöthigenfalls auch unaufgefordert dem Auftraggeber, wo dessen Interesse es erheischt, die erforderlichen Nachrichten zu geben oder Anzeige von der Ausführung des Auftrages zu erstatten (§ 359)[1]. Die Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung über die Ausführung des Auftrages ist gemeinrechtlich, wie in der modernen Gesetzgebung, anerkannt und ausgesprochen[2]. Ueber die Zeit, in welcher die Rechenschaft abzulegen, und über die Art, in welcher die Rechenschaftspflicht zu erfüllen ist, kann das Gesetz bei der großen Verschiedenheit aller in Betracht kommenden Fälle und, da nicht selten die Rechenschaftspflicht in gewissen Zeitperioden zu erfüllen ist, nichts bestimmen[3]. Die Vorschrift des § 231 kann, was die Zeit der Rechenschaftsertheilung anlangt, nicht irre führen. Betreffend die Art der Rechenschaftsertheilung verdient nur ein Fall besonders hervorgehoben zu werden, wenn nämlich der Gegenstand des Auftrages in einer Vermögensverwaltung besteht. Solchenfalls muß die Rechenschaft durch Legung einer Rechnung gegeben werden[4]. Diese Art der Rechenschaftsertheilung ist dann die einfachste, durch die Natur der Dinge geboten und im praktischen Leben allgemein gebräuchlich. Die Vorschrift hat die Bedeutung, daß die Rechenschaftspflicht in der vorgeschriebenen Weise erfüllt werden muß, daß der Auftraggeber auf die Legung einer solchen Rechnung zu klagen befugt ist und nach der Verurtheilung die Zwangsvollstreckung ob faciendum versuchen bezw. das Interesse liquidiren kann. Zur Geltendmachung seines Interesses steht dem Gläubiger insbesondere auch der in § 243 bezeichnete Weg offen. Die praktischen Schwierigkeiten, daß die Liquidation des Interesses oft nur geringen Erfolg verspricht und mitunter schwer zu entscheiden ist, ob eine Rechnung, d. h. eine vollständige und abnahmefähige, vorliegt, treten gegen die Wichtigkeit und Bedeutung der Vorschrift zurück. Diese Schwierigkeiten blieben im Wesentlichen bestehen, auch wenn man von der Vorschrift absehen würde. Ueber den Inhalt der Rech-

11. Pflicht des Beauftragten a) zur Rechenschaftsablegung,

Rechnungslegung;

---

[1] Vergl. H. G. B. Art. 361.

[2] L. 56 § 2 D. h. t. 17, 1, vergl. l. 46 § 4 D. de proc. 3, 3, l. 9 pr. D. de edendo 2, 13, Windscheid § 410 Note 7; preuß. A. L. R. I, 13 §§ 61, 164; code civil Art. 1993, Zachariä II § 413 A. 10a; österr. G. B. § 1012; zür. G. B. § 1173; sächs. G. B. § 1312; schweiz. Bd. Ges. Art. 398; hess. Entw. Art. 281, bayr. Entw. Art. 692, dresd. Entw. Art. 699; H. G. B. Art. 361, 376; vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. X Nr. 41, VI Nr. 46.

[3] Eccius II § 141 S. 322; R. O. H G. II S. 431.

[4] Dernburg II § 44; preuß. A. L. R. I, 14 § 135 ff.; sächs. G. B. §§ 1393—1396; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XIV Nr. 36, XIII Nr. 11, VII Nr. 24, XXII Nr. 2, Entsch. d. R. G. in Civils. XIV Nr. 51.

nungslegung bestimmt der Entwurf nur, daß der Beauftragte dem Auftraggeber eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende und mit Belegen versehene Rechnung zu ertheilen habe[1]). Was die Belege betrifft, so ist es eine thatsächliche, der verständigen Beurtheilung des Richters unterliegende Frage, inwieweit die Beschaffung derselben erforderlich ist[2]). Ihre Beschaffung liegt übrigens auch im Interesse des Verwalters, insofern sie zur Erleichterung seiner Beweispflicht dienen, weil er dieser durch Vorlegung von einwandsfreien, der Ueblichkeit entsprechenden Belegen vorläufig genügt (vergl. H. G. B. Art. 888, preuß. A. L. R. I, 17 § 220). Insoweit und in anderen verwandten Beziehungen gestaltet sich die Rechnungspflicht des Verwalters auch zu einem Rechte desselben, nicht zwar in dem Sinne, daß er dem Anspruche des Auftraggebers auf Herausgabe des Erlangten mit der Einrede begegnen könnte, es sei zunächst auf Rechnungslegung zu klagen, wohl aber in dem Sinne, daß er durch Legung der Rechnung sich zu vertheidigen vermag[3]). Noch weitere Bestimmungen über die Rechnungspflicht, insbesondere nach Anleitung des preuß. A. L. R. I, 14 §§ 133 ff., aufzunehmen, wäre bedenklich; sie sind wegen ihrer kasuistischen Beschaffenheit wenig angemessen und regen eine Menge von Zweifeln an; das Fehlen derselben hat sich in anderen Rechtsgebieten nicht als Mangel fühlbar gemacht.

Offenbarungseid; Eine über die Vorschrift des § 777 (Offenbarungseid) hinausgehende Verpflichtung des Beauftragten zur eidlichen Erhärtung der von ihm aufgestellten Rechnung erkennt der Entwurf nicht an. Es liegt kein Bedürfniß vor, die Eidespflicht des Rechnungspflichtigen noch weiter auszudehnen, als aus der genannten Vorschrift sich ergiebt. Eine solche Ausdehnung entspräche nur der im Gebiete des sächs. Rechtes und in einigen gemeinrechtlichen Gebieten vorherrschenden Praxis oder älteren, einer Zeit angehörenden Gesetzen, in welcher die gemeinrechtliche Doktrin die Verpflichtung des Rechnungslegers zur eidlichen Bestärkung der Rechnung für zweifellos erachtete. Sie hat auch in keiner der neueren Kodifikationen Anerkennung gefunden. Für die Ausdehnung der Verpflichtung zur eidlichen Bestärkung läßt sich auch nicht anführen, daß anderenfalls der Berechtigte dem Rechenschaftsverpflichteten gegenüber wegen seiner mangelhaften Kenntniß der maßgebenden Verhältnisse in einer schlimmen Lage sich befinde. Diese Erwägung müßte, wenn ausreichend, zum Eideszwange für alle Fälle führen, in denen die Verfolgung eines Rechtes von der Kenntniß solcher Thatsachen abhängt, von welchen nur der Gegner unterrichtet sein kann.

§ 592.

b) Herausgabe des Erhaltenen Der Beauftragte ist, ohne Rücksicht darauf, ob eine Rechenschaftslegung vorausging oder nicht, jedoch unbeschadet seines mittels Rechnungslegung auszuübenden Vertheidigungsrechtes, verpflichtet, dem Auftraggeber dasjenige

---

[1]) Sächs. G. B. § 1394, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. II Nr. 29.

[2]) R. O. H. G. II Nr. 29, VII Nr. 24, XXII Nr. 2.

[3]) R. O. H. G. VII Nr. 161 S. 379, XII Nr. 107 S. 366, V S. 228, Entsch. d. R. G. in Gruchot Beiträge XXIV S. 445.

herauszugeben, was er zum Zwecke der Ausführung des Auftrages erhalten hat, sowie dasjenige, was er „aus" der Ausführung des Auftrages erlangt hat, je mit Einschluß der gezogenen Nutzungen. Diese Vorschrift entspricht dem geltenden Rechte[1]). Der Entwurf erwähnt, um möglichen Zweifeln zu begegnen, die Nutzungen ausdrücklich, insbesondere um auch klarzustellen, daß die Verpflichtung zu deren Herausgabe nicht auf dem Kondiktionsanspruche beruht. Die Verpflichtung zur Herausgabe des Zuwachses und der Zubehörungen versteht sich, soweit dieselben erhalten oder erlangt sind, im Hinblicke auf den Wortlaut der Vorschrift und die Natur des Auftragsverhältnisses von selbst. Eine speziellere Fassung der Vorschrift ist nicht angänglich, ohne Zweifel zu erregen. Die allgemeinere Fassung dient gerade dem Zwecke der Bestimmung. Hervorzuheben ist in dieser Richtung nur, daß unter der Verpflichtung zur Herausgabe auch die Verpflichtung des Beauftragten verstanden ist, die aus der Ausführung des Auftrages erworbenen Forderungen an den Auftraggeber abzutreten. Eine cessio ficta in Ansehung solcher Forderungen ist dem Entwurfe fremd[2]). Ueber die Zeit, zu welcher die Herausgabepflicht des Beauftragten zu erfüllen ist, bestimmt der Entwurf absichtlich nichts. Die Fälle liegen zu verschiedenartig; es entscheidet hier vorzugsweise der aus dem Inhalte des Auftrages zu entnehmende Wille des Auftraggebers. Eine unrichtige Anwendung der Vorschrift des § 231 steht nicht zu befürchten.

mit Zuwachs 2c.

Abtretung der Forderungen;

In Ansehung der Beweislast, wenn der Beauftragte einen Gegenstand ohne sein Verschulden nicht herausgeben zu können behauptet, ist die Vorschrift des § 239 maßgebend[3]).

§ 593.

In Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[4]) spricht § 593 aus, daß der Beauftragte Gelder, welche er dem Auftraggeber herauszugeben oder für diesen zu verwenden verpflichtet ist, aber in seinem eigenen Nutzen verwendet hat, von der Zeit der Verwendung an verzinsen muß. Die Vorschrift gilt allgemein auch für die Fälle, in welchen den Beauftragten, indem er z. B. in gutem Glauben gehandelt hat, der Vorwurf eines Deliktes (vergl. § 717) nicht trifft oder die Erfordernisse eines solchen nicht erweislich sind. Praktische Rücksichten erheischen diese Ausdehnung der Vorschrift, welche auch insofern

Verzinsung von Geldern: a) Verwendung im eigenen Nutzen.

---

[1]) Windscheid § 410 Note 7, 8, 9; preuß. A. L. R. I, 13 §§ 62—64; Entsch. d. R. G. in Civils. IX Nr. 83; code civil Art. 1993; österr. G. B. § 1009; zür. G. B. § 1173; sächs. G. B. § 1310; schweiz. Bd. Ges. Art. 398; hess. Entw. Art. 281, bayr. Entw. Art. 692, dresd. Entw. Art. 699; H. G. B. Art. 361; Entwurf § 751.

[2]) Ebenso sächs. G. B. § 1310; schweiz. Bd. Ges. Art. 399 (cessio ficta). Vergl. H. G. B. Art. 368.

[3]) Vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VI Nr. 46 S. 215 ff., VIII S. 31, 35, 66, XI Nr. 49 S. 148, Nr. 122 S. 404, XII S. 385, XIV S. 401, XV S. 439 XVII S. 239.

[4]) Windscheid § 410 Note 10, Dernburg II § 181 Note 33; code civil Art. 1996; zür. G. B. § 1175; sächs. G. B. § 1311; hess. Entw. Art. 282, bayr. Entw. Art. 693, dresd. Entw. Art. 700. Vergl. die ähnliche, jedoch in Ansehung des Gegenstandes ausgedehntere Vorschrift gegenüber dem Vormunde in § 1697 Abs. 1 Satz 2.

keineswegs unbillig ist, als der Beauftragte sich durch die Verwendung meist einen dem gesetzlichen Zinsmaße gleichkommenden, nach § 592 herauszugebenden Nutzen verschafft haben wird. Durch die Vorschrift wird dem Auftraggeber der Beweis eines Schadens und der Größe desselben innerhalb der für die Zinsen bestimmten Höhe (§ 217) abgenommen; die Verwendung in den Nutzen des Beauftragten hat dagegen der Auftraggeber zu beweisen. Von selbst versteht sich, daß der Auftraggeber den Beauftragten nach allgemeinen Grundsätzen auch wegen eines erweislich entstandenen weiteren, höheren Schadens in Anspruch nehmen kann.

b) Nicht rechtzeitige Ablieferung.

Die weitere Bestimmung einiger Gesetzgebungen, wonach der Beauftragte, wenn er die Ablieferung von Geldern nicht rechtzeitig bewirke, gleichfalls zur Verzinsung von der unterlassenen rechtzeitigen Ablieferung an verpflichtet sein soll[1]), bezweckt eine Verschärfung der allgemeinen Vorschriften über die Entrichtung von Verzugszinsen (§§ 245, 248). Zu einer solchen von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden speziellen Vorschrift sind ausreichende Gründe nicht vorhanden.

c) Versäumung der Einziehung oder Anlegung.

Ebensowenig besteht ein Bedürfniß zur Statuirung einer besonderen Verzinsungspflicht für den Fall, wenn der Beauftragte die Erhebung von Ausständen oder die verzinsliche Anlegung von Geldern unterlassen hat[2]). Die allgemeinen Grundsätze reichen aus.

§ 594.

12. Pflicht des Auftraggebers a) zur Erstattung von Aufwendungen. α. Vorschußpflicht,

Die Vorschußpflicht des Auftraggebers wegen der zur Ausführung des Auftrages nothwendigen Verwendungen folgt, in Ermangelung gegentheiliger ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung, aus dem Wesen des Auftragsverhältnisses und ist im bestehenden Rechte anerkannt[3]). Uebrigens giebt der § 594 dem Beauftragten gegen den Auftraggeber nicht einen klagbaren Anspruch auf Leistung des Vorschusses; dies ergiebt sich aus der Natur des Mandates, insbesondere aus dessen Widerruflichkeit (§ 597). Der Beauftragte ist aber außer Verantwortung, wenn er nicht handelt, weil er einen nothwendigen Vorschuß vom Auftraggeber nicht erhält, indem er nicht in Vorschuß zu gehen braucht. Eine Frage für sich ist, ob in concreto den Beauftragten der Vorwurf einer Verschuldung insofern trifft, als er versäumte, den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen, daß ein Vorschuß erforderlich sei, bezw. einen solchen von ihm einzufordern[4]).

---

[1]) Zür. G. B. § 1175; sächs. G. B. § 1311; schweiz. Bd. Ges. Art. 398 Satz 2; bayr. Entw. Art. 693, dresd. Entw. Art. 700. Fremd ist die Vorschrift dem gemeinen und preuß. Rechte (Windscheid § 410, Eccius II § 141 Anm. 100, Dernburg II § 181 Note 30), sowie dem österr. G. B. Der code civil Art. 1996 (Zachariä II § 413) und der hess. Entw. Art. 282 Abs. 2 verweisen auf die Vorschriften über den Verzug.

[2]) Zür. G. B. § 1175; bayr. Entw. Art. 693, dresd. Entw. Art. 700. S. dagegen § 1697 Abs. 1 Satz 1 (Vormund).

[3]) L. 12 § 17 D. h. t. 17, 1; Windscheid § 410 Note 13; preuß. A. L. R. I, 13 § 70; österr. G. B. § 1014; sächs. G. B. § 1314; hess. Entw. Art. 283, bayr. Entw. Art. 698, dresd. Entw. Art. 702.

[4]) Vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 94 S. 379.

§ 595.

In Ansehung der Verpflichtung des Auftraggebers, dem Beauftragten diejenigen von dem letzteren gemachten Aufwendungen zu ersetzen, welche zur Ausführung des Auftrages erforderlich geworden sind, ist nicht der objektive Maßstab aufgestellt, daß Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Aufwendungen zu konstatiren sei[1]). Darin läge eine Ungerechtigkeit gegen den Beauftragten. Es muß vielmehr genügen, wenn der letztere bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Aufwendungen als erforderlich zum Zwecke der Ausführung des Auftrages anzusehen hatte. Hierdurch sind auch die blos nützlichen Aufwendungen getroffen, soweit ein ordentlicher Hausvater solche zu berücksichtigen pflegt. Ob wegen anderer Verwendungen dem Beauftragten ein Anspruch gegen den Auftraggeber zusteht, bestimmt sich im konkreten Falle nach den besonderen Umständen, wonach insbesondere sich entscheidet, ob ein Konditionsanspruch (jus tollendi) begründet ist. Es versteht sich von selbst, daß, wenn der Auftraggeber eine gewisse Grenze für die Aufwendungen bestimmt hat, ein Ersatzanspruch, soweit diese Grenze von dem Beauftragten überschritten worden ist, nur nach Maßgabe des § 590 stattfinden kann, wie auch für den Fall, wenn eine Vergütung vereinbart wurde, welche zugleich die Entschädigung wegen etwaiger Auslagen ꝛc. enthalten sollte, oder wenn der Beauftragte sonst die Bestreitung gewisser Auslagen auf sich genommen hat, eine Bestimmung nicht nöthig ist. Die Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatze der Aufwendungen, wie sie § 595 aufstellt, tritt aber unabhängig davon ein, ob die Thätigkeit des Beauftragten den durch den Auftrag bezweckten Erfolg hatte oder nicht. — In Ansehung der Frage, inwiefern der Auftraggeber den Schaden zu tragen habe, welchen der Beauftragte bei Ausführung des Auftrages durch Zufall erleidet[2]), kann wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden.

β. Ersatzpflicht bei erforderlichen Aufwendungen;

Mit dem geltenden Rechte[3]) erklärt der Entwurf (Abs. 2) den Auftraggeber für verpflichtet, von Geldaufwendungen, nicht aber auch von dem Geldwerthe sonstiger Aufwendungen, Zinsen von dem Tage der Aufwendung an zu entrichten. Diese Bestimmung empfiehlt sich als eine überaus zweckmäßige gerade im Interesse des Auftraggebers, weil in Ermangelung

Verzinsung von Geldaufwendungen;

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 65 ff.; code civil Art. 1999; österr. G. B. § 1014; zür. G. B. § 1177; sächs. G. B. § 1314; schweiz. Bd. Ges. Art. 400; hess. Entw. Art. 287, 288, bayr. Entw. Art. 699, dresd. Entw. Art. 703; Windscheid § 410 Nr. 2 Noten 11—16; H. G. B. Art. 371, 381, 290; Entwurf §§ 621, 753.

[2]) Vergl. Windscheid § 410 N. 18; preuß A. L. R. a. a. O. §§ 80, 81; code civil Art. 2000; österr. G. B. §§ 1014, 1015; Motive zum sächs. G. B. § 1014, s. Siebenhaar II S. 316; schweiz. Bd. Ges. Art. 400 Abs. 2; hess. Entw. Art. 288, bayr. Entw. Art. 703, 493.

[3]) Windscheid § 410 N. 13; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 72, 73 (vergl. hierzu Eccius II § 141 Anm. 116; code civil Art. 201; zür. G. B. § 1178; sächs. G. B. § 1314; schweiz. Bd. Ges. Art. 400; dresd. Entw. Art. 703, hess. Entw. Art. 285, bayr. Entw. Art. 699; H. G. B. Art. 290.

derselben der Beauftragte zweifellos oft sich veranlaßt fände, zum Schaden des Auftraggebers nicht in Vorschuß zu gehen. Dieser Zweck der Vorschrift und die Beschränkung auf Geldaufwendungen verbietet, die Zinspflicht erst von da an eintreten zu lassen, wo der Beauftragte dem Auftraggeber Mittheilung von der Geldaufwendung gemacht hat.

γ. Liberationspflicht; Unter der in Abs. 1 bezeichneten Voraussetzung ist der Auftraggeber auch verpflichtet, den Beauftragten von den zum Zwecke der Ausführung des Auftrages eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien. Es stellt dies gewissermaßen einen Unterfall der Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatze der Verwendungen dar[1]). Da jedoch der Auftraggeber häufig nicht im Stande sein wird, die Befreiung zu bewirken, wird ihm das Recht beigelegt, an Stelle dieser Befreiung dem Beauftragten wegen der Ersatzansprüche, welche sich für denselben aus der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit ergeben würden, Sicherheit zu leisten (§§ 199 ff.)[2]). Die Sicherheitsleistung ist hiernach nicht in obligatione, sondern in solutione. Um jeden diesfalls möglichen Zweifel abzuschneiden, spricht der Entwurf (Abs. 3) ferner dem Beauftragten ausdrücklich das Recht zu, dann, wenn die von dem letzteren übernommene Verbindlichkeit in einer fälligen Geldschuld besteht, von dem Auftraggeber die Zahlung der zur Erfüllung erforderlichen Geldsumme zu verlangen, wodurch selbstverständlich der Auftraggeber nicht gehindert wird, seiner Verpflichtung durch Befreiung des Beauftragten, insbesondere durch Zahlung an den Gläubiger zu genügen.

§ 596.

b) Vergütung nach Ausführung, Der erste Absatz enthält die sachgemäße Regel, der Beauftragte sei in Ansehung der vereinbarten Vergütung vorleistungspflichtig. Insoweit in der Vergütung auch der Ersatz von Aufwendungen enthalten ist, greift jedoch die Vorschrift des § 594 modifizirend ein.

bei Erlöschen des Auftrages. Betreffend die wichtige Frage, wie es sich mit dem Anspruche auf die Vergütung verhält, wenn die Ausführung des Auftrages nach Beginn desselben sich zerschlägt, weil sie unmöglich wird oder weil der Auftrag, insbesondere durch Widerruf desselben (vergl. §§ 597, 603), erlischt, ist bei der Verschiedenheit der möglichen Fälle eine Allen gerecht werdende Entscheidung nicht angänglich. Im Grunde muß der Wille der Parteien den Ausschlag geben, welcher im Wege der Auslegung im einzelnen Falle zu ermitteln ist. Jedoch würde, wenn das Gesetz schwiege, eine für die Praxis ungemein wichtige Streitfrage fortleben und die Rechtssicherheit empfindlich leiden. Eine für Zweifelsfälle den Weg und die Richtschnur weisende lex dispositiva ist daher unerläßlich[3]). Sie wird dahin

---

[1]) L. 45 pr. D. h. t. 17, 1; preuß. A. L. R. a. a. O. § 82; Zachariä II § 414; zür. G. B. § 1177; sächs. G. B. § 1315; schweiz. Bd. Ges. Art. 400. Vergl. Entwurf Art. 674.

[2]) Hess. Entw. Art. 284, bayr. Entw. Art. 699, dresd. Entw. Art. 704; vergl. l. 45 § 2 D. h. t. 17, 1.

[3]) Windscheid § 411 Note 4; preuß. A. L. R. a. a. O. § 163, Eccius II § 141 S. 332 A. 155, Dernburg II § 183; Zachariä II § 414 A. 9; österr. G. B. § 1020; hess. Entw. Art. 286, dresd. Entw. Art. 705. Die Bestimmungen

gegeben, daß in den bezeichneten Fällen — sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung ein Anderes erhellt — der Beauftragte auf einen (nicht der Dauer, sondern) seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung Anspruch habe. Diese Bestimmung trifft an sich auch den Fall, wenn der Beauftragte die Unmöglichkeit der weiteren Ausführung des Auftrages verschuldet hat; selbstverständlich bleibt aber der hieraus in concreto sich ergebende Schadensersatzanspruch des Auftraggebers und das Kompensationsrecht in Ansehung dieses Anspruches unberührt. Durch die Bestimmung des Entwurfes wird, wie bemerkt, einer anderen aus dem Inhalte des betreffenden Auftragsverhältnisses, insbesondere der Vereinbarung über die Vergütung sich ergebenden Entscheidung nicht vorgegriffen.

In der bestehenden Gesetzgebung ist allgemein die solidarische Haftung mehrerer Auftraggeber für die Ansprüche des Beauftragten aus dem Auftrage ausgesprochen. Es liegen jedoch keine Gründe vor, von den aus den §§ 320, 339, 340, 341 sich ergebenden allgemeinen Grundsätzen abzuweichen, deren richtige Anwendung in jedem Falle ein zutreffendes Resultat verbürgt[1]).

Dem Auftraggeber und dem Beauftragten steht in Ansehung ihrer beiderseitigen Verpflichtungen unter den allgemeinen Voraussetzungen (§§ 233 ff.) das Zurückbehaltungsrecht zu. Zurückbehaltungsrecht.

§ 597[2]).

Die §§ 597 ff. bestimmen über die Gründe der Erlöschung des Auftrages, soweit Bestimmungen diesfalls erforderlich sind. Von selbst versteht sich, daß der Auftrag erlischt durch seine Ausführung, durch Ablauf der Zeit, für welche, oder Eintritt der auflösenden Bedingung, unter welcher er gegeben worden, sowie durch Vereinbarung der Parteien. 13. Erlöschungsgründe.

Der Auftrag erlischt gemäß dem Wesen des Auftragsvertrages durch Widerruf des Auftraggebers. Die freie, jederzeitige Widerrufsbefugniß wird im Einklange mit dem geltenden Rechte[3]) dem Auftraggeber ausdrücklich zu- a) Widerruf.

---

dieser Gesetzgebungen stehen im Wesentlichen auf dem Standpunkte des Entwurfes. Das sächs. G. B. schweigt, das schweiz. Bd. Ges. Art. 402 enthält keine Entscheidung der Frage (Schneider u. Fick S. 292). Der bayr. Entw. Art. 701 verweist auf die Vorschriften über den Dienstvertrag (Art. 498, 499). Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VI Nr. 37 S. 181, Nr. 86 S. 391, XVI Nr. 94 S. 378 ff. (zu H. G. B. Art. 371 Abs. 2, Hahn, Komm. II S. 486 ff.), XIX Nr. 75 S. 259, XXIII Nr. 109 S. 324 ff., Seufferts Archiv XXIX Nr. 127.

1) L. 59 § 3 D. h. t. 17, 1; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 210, 211; code civil Art. 2002; zür. G. B. § 1181; sächs. G. B. § 1316; schweiz. Bd. Ges. Art. 401 Abs. 1; dresd. Entw. Art. 706, hess. Entw. Art. 289, bayr. Entw. Art. 704.

2) Vergl. Entwurf § 119.

3) Windscheid § 411; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 159, 160; österr. G. B. § 1020; code civil Art. 2003, 2004; zür. G. B. § 1138; sächs. G. B. § 1319; schweiz. Bd. Ges. Art. 402; dresd. Entw. Art. 708, hess. Entw. Art. 296, bayr. Entw. Art. 712. Vergl. § 612 (Anweisung), § 624 (Hinterlegungsvertrag), dagegen den auf einem anderen Prinzipe beruhenden § 638 (Gesellschaftsvertrag) und in Ansehung des Vorstandes einer Körperschaft oben zu § 44.

gesprochen. Der Widerruf ist an sich Rücktritt vom Vertrage für die Zukunft, die Bezeichnung „Widerruf" aber im Hinblicke auf die in der Wissenschaft und Gesetzgebung hergebrachte Ausdrucksweise im Gegensatze zur Kündigung des Beauftragten beibehalten. Der Widerruf ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches (wie Wahl, Mahnung, Kündigung, Rücktritt vom Vertrage) dem Betheiligten, d. h. dem Beauftragten gegenüber vorgenommen werden muß. Hiernach bestimmt der Entwurf, daß der Widerruf durch eine gegenüber dem Beauftragten abzugebende Erklärung erfolge; der Beauftragte ist „Empfänger" der Widerrufserklärung (vergl. § 74, §§ 95, 97, 99, 101, 103). Nicht ausdrückliche Erklärung ist erforderlich; auch stillschweigend (durch konkludente Handlungen, §§ 72, 74) kann widerrufen werden. Der Entwurf enthält sich aber einer Exemplifikation in letzterer Beziehung; eine solche ist überflüssig und wäre, weil unter Umständen die Auslegung beengend, nicht unbedenklich[1]). Ueber die Mittheilung der Widerrufserklärung bestimmen die §§ 75, 76. Auch ein Widerruf unter einer (aufschiebenden) Bedingung ist zulässig (§ 128, vergl. § 603).

seitens mehrerer Auftraggeber.

Keine Bestimmung giebt der Entwurf über die Ausübung des Widerrufes, wenn der Auftrag von mehreren Personen ertheilt ist[2]). Man hat davon auszugehen, daß jeder Auftraggeber, vorbehaltlich seiner Verantwortung gegenüber den anderen Auftraggebern, stets mit der Wirkung widerrufen kann, daß der Beauftragte den Widerruf zu beachten hat (vergl. Abs. 2), während die Umstände des einzelnen Falles dafür maßgebend sind, ob und inwiefern der Widerruf nur eines Auftraggebers den Beauftragten von der Verpflichtung nicht befreit, den Auftrag wegen des Nichtwiderrufes seitens der übrigen Auftraggeber ganz oder zum Theil auszuführen, wobei die Theilbarkeit des aufgetragenen Geschäftes von Bedeutung werden kann.

Verzicht auf den Widerruf.

Der Satz, daß auf die Widerruflichkeit des Auftrages nicht verzichtet werden kann (Abs. 2), entspricht der heute, zumal in der Praxis herrschenden, auf das juristische Wesen des Auftragsverhältnisses gegründeten, als richtig anzuerkennenden Rechtsanschauung, und ist demgemäß auch in der modernen Gesetzgebung schon zum Ausdrucke gebracht worden[3]). Zu beachten ist auch, daß, wenn Auftrag und Vollmacht ertheilt ist, ein schwer zu lösender Konflikt bei der Voraussetzung unvermeidlich wäre, daß zwar auf die Widerruflichkeit des Auftrages, nicht aber auf diejenige der Vollmacht (§ 119 Abs. 2)

---

1) Vergl. l. 31 § 2 D. de proc. 3, 3; l. 3 Cod. h. t. 4, 35; preuß. A. L. R. a. a. O. § 185; code civil Art. 2006; sächs. G. B. § 1320; dresd. Entw. Art. 708 Abs. 1, hess. Entw. Art. 296 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 712 Abs. 2.

2) Preuß. A. L. R. I, 13 § 215, Eccius II S. 331 A. 151; Mot. zum sächs. G. B. § 1319 bei Siebenhaar II S. 318.

3) Sächs. G. B. § 1321; dresd. Entw. Art. 708 Abs. 3. Der Grundsatz ist anerkannt für das gemeine Recht (Gruchot a. a. O. S. 420 ff., R. O. H. G. XXIII Nr. 109 S. 324, Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 53 S. 186), für das preuß. Recht (Eccius II § 141 A. 150, R. O. H. G. a. a. O.), für das franz. Recht (Zachariä II § 416 A. 1, R. O. H. G. a. a. O.), augenscheinlich im schweiz. Bd. Ges. Art. 402, und liegt dem H. G. B. Art. 54 zu Grunde (R. O. H. G. a. a. O.).

verzichtet werden könnte. Die Gründe für den Ausschluß des Verzichtes sind hier überdies dieselben, wie bei der Vollmacht.

In dem Verzichte auf das Widerrufsrecht wird sich allerdings nicht selten ein anderer Vertrag verstecken. Zutreffendenfalls kämen die für den konkreten Vertrag geltenden Rechtsnormen zur Anwendung. Solche Fälle stehen aber hier nicht in Frage. Liegt in der That ein Auftrag vor, so gilt die Bestimmung des Entwurfes, gleichviel, ob ein thatsächlicher Dienst oder eine juristische Handlung oder ein Rechtsgeschäft den Gegenstand des Auftrages bildet und ob im letzteren Falle im Namen des Auftraggebers das Geschäft geschlossen werden soll oder nicht. Selbstverständlich bleiben durch die Vorschrift alle Entschädigungsansprüche, welche der Beauftragte deshalb geltend machen kann, weil er, abgesehen von dem bloßen Verzichte auf die Widerruflichkeit, ein Recht auf Ertheilung oder Aufrechthaltung des Auftrages hat oder gehabt hat, unberührt[1]). Es ist vermieden, dies im Gesetze selbst auszusprechen; es könnte zu Mißverständnissen führen, welche den absoluten Karakter der Vorschrift, daß auf die Widerruflichkeit nicht verzichtet werden kann, geradezu negirten.

§ 598.

Die Befugniß, von dem Auftragsvertrage durch Kündigung für die Zukunft zurückzutreten, ist dem Beauftragten überall im bestehenden Rechte beigelegt[2]). Das Kündigungsrecht des Beauftragten ist jedoch nicht wie das Widerrufsrecht des Auftraggebers in dem Wesen des Mandates begründet. Es hat vielmehr, zumal heutzutage, einen positiven Karakter; seine Angemessenheit ist an sich bestreitbar; es wäre aber zu besorgen, daß aus der Versagung des Kündigungsrechtes wegen der darin liegenden Aenderung des geltenden und eingelebten Rechtes ohne Erreichung eines nennenswerthen Vortheiles praktische Uebelstände entspringen könnten. Immerhin ist die Vorschrift des § 598 keine zwingende Rechtsnorm, sondern eine lex dispositiva, welche kraft der Privatautonomie durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung von der Anwendung ausgeschlossen werden kann. Dies erhellt mit genügender Deutlichkeit aus Abs. 3 Satz 3, sowie aus dem Gegensatze des § 597 Abs. 2. Es ist insbesondere hiernach eine Frage der Auslegung, ob in der Annahme eines auf eine bestimmte Zeit gerichteten Auftrages ein Verzicht auf das Kündigungsrecht liegt[3]). b) Kündigung.

Die Kündigung darf keine intempestive sein; der Beauftragte ist verpflichtet, in der Art zu kündigen, daß der Auftraggeber für das aufgetragene Geschäft anderweite Fürsorge zu treffen im Stande bleibt (Abs. 2). In Ansehung der Wirkungen einer intempestiven Kündigung wird bestimmt (Abs. 3 Satz 1), daß der Beauftragte für den daraus entstandenen Schaden haftet. Schadensersatzpflicht bei unzeitiger Kündigung;

---

1) Vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XXIII Nr. 109, d. R. G. in Civils. III Nr. 53.

2) Windscheid § 411 Nr. 1, preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 159, 160, 172—180, 214; code civil Art. 2007; österr. G. B. § 1021; sächs. G. B. § 1322; schweiz. Bd. Ges. Art. 402; hess. Entw. Art. 299—301, bayr. Entw. Art. 714, 715, dresd. Entw. Art. 709. Vergl. Entwurf §§ 119 ff., 606, 607, 625.

3) Sächs. G. B. § 1323; Entsch. d. R. O. H. G. XXIII S. 328 Nr. 109.

Auch die unzeitige Kündigung hat die Wirkung der Auflösung des Mandatsverhältnisses für die Zukunft; der Auftraggeber hat sie zu beachten und deshalb in eigenem Interesse ungesäumt anderweite Fürsorge für das Geschäft zu treffen. Er hat Anspruch nur auf Ersatz desjenigen Schadens, der daraus entstanden ist, daß der Beauftragte sich früher zurückgezogen hat, als der Auftraggeber anderweite Fürsorge zu treffen im Stande war. Insoweit handelt der Beauftragte kontraktswidrig. Diese Behandlung entspricht der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung, wie der Mehrheit der modernen Gesetze[1]). Sie verdient den Vorzug vor derjenigen Auffassung, daß eine solche Kündigung bis dahin, daß der Auftraggeber anderweite Fürsorge treffen kann, als nicht geschehen anzusehen sei. Das praktische Ergebniß beider Auffassungen ist ohnedies in vielen Fällen dasselbe, insbesondere dann, wenn der Auftrag nach der Kündigung nicht mehr ausgeführt werden kann. Ein abweichendes Ergebniß stellt sich heraus, wenn eine dauernde Geschäftsführung, z. B. Führung eines Prozesses, einer Vermögensverwaltung, den Gegenstand des Auftrages bildet. Die Normirung des Entwurfes entspricht mehr der Billigkeit und den Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit. Die zurückgewiesene Auffassung droht den Auftraggeber namentlich insofern zu benachtheiligen, als er dem Beauftragten, welcher trotz der Kündigung den Auftrag vollzieht, wegen der Auslagen 2c. haftbar würde, also zu Schaden kommen könnte, wenn er, von der verzeihlichen Voraussetzung ausgehend, der Beauftragte werde unthätig bleiben, oder vielleicht irrthümlich die mitunter zweifelhafte Tempestivität der Kündigung annehmend, das Nöthige zur Vermeidung eines solchen Nachtheiles vorzusehen versäumt hat. Auch im Falle einer an sich unzeitigen Kündigung (Abs. 2) ist der Beauftragte von der Schadensersatzpflicht befreit, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles die Kündigung rechtfertigender Grund vorlag; der Grund muß selbstverständlich geeignet sein, die Kündigung, wie sie erfolgt ist, also die unzeitige Kündigung zu rechtfertigen. Auch dies entspricht dem geltenden Rechte, wenn auch anstatt der vom Entwurfe in Uebereinstimmung mit der anderwärts (§§ 566, 625, 648) gewählten prinzipiellen Fassung da und dort im Anschlusse an das röm. Recht besondere Entschuldigungsgründe aufgeführt werden[2]). Der Beauftragte hat den seinen unzeitigen Rücktritt rechtfertigenden Grund zu beweisen. Liegt ein wichtiger, nach den Umständen des Falles die Kündigung rechtfertigender Grund vor, so muß endlich vom Beauftragten auch dann gekündigt werden können, wenn er auf die Kündigung verzichtet hätte. Aus dem Grunde des Verzichtes ist solchenfalls weder die Kündigung wirkungs-

Gründe, welche von der Schadensersatzpflicht befreien.

Verzicht auf Kündigung.

---

[1]) Windscheid § 411 Nr. 1; code civil Art. 2007; österr. G. B. § 1021; zür. G. B. § 1185; sächs. G. B. § 1322; schweiz. Bd. Ges. Art. 402; bayr. Entw. Art. 714. Der hess. Entw. gestattet den Rücktritt des Bevollmächtigten nur aus gerechter Ursache; auch der ungerechtfertigte Rücktritt bewirkt aber Auflösung und nur Schadensersatzpflicht (Art. 299—301). Der dresd. Entw. steht dagegen auf dem Boden der abgelehnten Auffassung (Art. 709). Dasselbe ist vom preuß. A. L. R. (§§ 172—174 a. a. O.) zu sagen (Eccius II § 141 S. 332).

[2]) L. 23—25 D. h. t. 17, 1, Sintenis II § 113 A. 66; code civil Art. 2007, Zachariä II § 416 A. 6; österr. G. B. § 1021; sächs. G. B. § 1322; hess. Entw. Art. 300, bayr. Entw. Art. 715, dresd. Entw. Art. 709.

los, noch der Beauftragte schadensersatzpflichtig, wogegen eine in concreto zu beantwortende Frage ist, ob die eine Kündigung rechtfertigenden Umstände auch eine an sich unzeitige Kündigung rechtfertigen.

Die Kündigung ist, wie der Widerruf (§ 597), ein einseitiges Rechtsgeschäft, vollzogen durch eine entsprechende vom Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber abgegebene Erklärung. Es gilt auch hier das in dieser Richtung bezüglich des Widerrufes Bemerkte. Jedoch verträgt die Kündigung, welche dem Auftraggeber Gewißheit über die Aufhebung des Auftrages geben soll, nicht die Beifügung einer Bedingung. Eine bedingte Kündigung wäre wirkungslos. Rechtl. Natur der Kündigung.

§ 599.

Für das Gebiet des bürgerlichen Verkehres ist in der modernen Gesetzgebung allgemein der im Wesentlichen dem röm. Rechte entnommene Satz aufgestellt, daß durch den Tod des Auftraggebers der Auftrag erlösche, wenn auch im Sinne einer Dispositivnorm, vielleicht da und dort nur mit der Bedeutung einer einfachen Auslegungsregel[1]). Der Entwurf (Abs. 1) trifft im Anschlusse an den für das Gebiet des Handelsrechtes und des Prozeßrechtes reichsgesetzlich eingeschlagenen Weg (H. G. B. Art. 54 Abs. 2, 297, C. P. O. § 82) die umgekehrte Bestimmung: der Auftrag erlischt mit dem Tode des Auftraggebers nicht, sofern nicht in dem Vertrage ein anderer Wille der Kontrahenten ausgesprochen bezw. im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. Die Gründe, welche für die Regel des röm. Rechtes maßgebend waren, haben ihre Berechtigung für die Gegenwart verloren. Wenn ferner auch der Tod des Auftraggebers nicht selten große Veränderungen in den Verhältnissen hervorruft dergestalt, daß die Ausführung ertheilter Aufträge mehr oder weniger sachwidrig wird und die Rechtsnachfolger des Auftraggebers im Falle ihrer Unkenntniß von dessen noch schwebenden Aufträgen großen Schaden im Falle des Fortbestandes des Auftrages erleiden können, so sind sie doch andererseits noch weit größerem Schaden ausgesetzt, wenn die Aufträge durch den Tod des Auftraggebers für aufgehoben anzusehen sind. Wird durch den Tod des Auftraggebers die Ausführung des Auftrages eine sachwidrige, so wird meist auch ein die Fortdauer des Auftrages ausschließender Wille der Vertragschließenden angenommen werden können. Im Großen und Ganzen können die Erben unleugbar weit empfindlicher durch die Regel des geltenden Rechtes, als durch die entgegenstehende leiden, während durch die letztere die Rechtssicherheit bei Weitem mehr befördert wird. Ueberdies wirkt die Abweichung des Handelsrechtes von dem bürgerlichen Rechte in einer so überaus wichtigen Materie nur mißlich, zumal oft schwer zu entscheiden ist, ob im gegebenen Falle die handelsrechtlichen oder die Normen des bürgerlichen Rechtes maßgebend sind.

c) Tod des Auftraggebers; Nichterlöschen des Auftrages.

---

[1]) Windscheid § 411 Nr. 2; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 186, 190, 192—195; code civil Art. 2003; österr. G. B. § 1022; sächs. G. B. § 1324; schweiz. Bd. Ges. Art. 403; hess. Entw. Art. 295, bayr. Entw. Art. 711 Nr. 2, dresd. Entw. Art. 710. Vergl. Entwurf §§ 119, 613.

Die in der Vorschrift des Entwurfes enthaltene Aenderung des geltenden Rechtes ist zu einschneidend, als daß sie nicht, trotz der Vorschrift in § 292, besonders ausgesprochen werden müßte.

Fürsorgepflicht des Beauftragten bei Erlöschen des Auftrages.

Wenn der Auftrag gemäß der Regel durch den Tod des Auftraggebers nicht erlischt, so besteht der bisherige Auftragsvertrag unverändert fort. Für den Fall, daß der Auftrag in concreto durch den Tod des Auftraggebers erloschen ist, legt der Entwurf dem Beauftragten in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte eine Fürsorgepflicht auf (Abs. 2), wonach er, wenn und soweit Gefahr im Verzuge ist, das aufgetragene Geschäft so lange zu besorgen hat, bis die Erben des Auftraggebers anderweite Fürsorge haben treffen können. Diese Fürsorgepflicht ist jedoch nicht, wie im röm. Rechte und zum Theil in der modernen Gesetzgebung, auf die Fälle zu beschränken, in welchen die Ausführung des Auftrages schon begonnen hat[1]). In Ansehung der aus der Fürsorgepflicht des Beauftragten sich ergebenden Geschäftsbesorgung erklärt der Entwurf (Abs. 2 Schlußsatz) ferner den Auftrag als fortbestehend; es wird hiernach die Fortdauer des Mandates unterstellt, also nicht die Fürsorgepflicht auf eine obligatio legalis gegründet, was namentlich für das Recht des Beauftragten auf die vertragsmäßige Vergütung von Bedeutung ist[2]). Im Uebrigen gehen, mag der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers erloschen sein oder nicht, die durch den Auftrag entstandenen Verpflichtungen des Auftraggebers auf die Erben desselben nach allgemeinen Grundsätzen über, während der Beauftragte den Erben des Auftraggebers gegenüber insbesondere rechnungs- und herausgabepflichtig bleibt (§§ 591, 592).

In Ansehung der Frage, welchen Einfluß die Aufhebung einer juristischen Person auf einen von derselben ertheilten Auftrag habe, erscheint eine gesetzliche Bestimmung nicht nöthig[3]).

§ 600.

d) Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers.

Die Bestimmung des § 600 ist eine Konsequenz der vom Entwurfe für den Fall des Todes des Auftraggebers in § 599 getroffenen Entscheidung. Wenn das geltende Recht zum Theil das Gegentheil vorschreibt[4]), so darf

---

[1]) Windscheid § 411 Nr. 2; Sintenis S. 113 A. 71; preuß. A. L. R. §§ 187, 188, 189; österr. G. B. §§ 1022, 1025; code civil Art. 1991 Satz 2; sächs. G. B. § 1324; schweiz. Bd. Ges. Art. 403 Abs. 2; bayr. Entw. Art. 716, dresd. Entw. Art. 710.

[2]) Bayr. Entw. a. a. O., dresd. Entw. a. a. O.; vergl. §. 652 Abs. 3.

[3]) Oesterr. G. B. § 1023; dresd. Entw. Art. 710 Abs. 3, Motive zum sächs. G. B. § 1324, Siebenhaar II S 320.

[4]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 196; code civil Art. 2003; Zachariä II § 416 A. 6a—9; schweiz. Bd. Ges. Art. 403; hess. Entw. Art. 295, bayr. Entw. Art. 711, dresd. Entw. Art. 712. Im gemeinen Rechte wird dagegen der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers nicht als Erlöschungsgrund des Mandates behandelt; auch in den Motiven zum sächs. G. B. § 1324 (Siebenhaar II S. 320) wird der eintretenden Geschäftsunfähigkeit ein Einfluß auf den Fortbestand des Mandates abgesprochen und auf das Widerrufsrecht des gesetzlichen Vertreters (namentlich auch im Falle einer Prodigalitätserklärung) verwiesen. (Vergl. Entwurf §§ 119, 613).

darauf schon deshalb kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil dasselbe auch an den Tod des Auftraggebers eine andere Wirkung knüpft, als der Entwurf. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb rechtliche Dispositionen, die Jemand, während er völlig geschäftsfähig gewesen ist, getroffen hat und deren Fortbestand durch seinen Tod nicht berührt wird, zu Falle kommen sollen, wenn er die Geschäftsfähigkeit ganz oder zum Theil verliert. Namentlich gilt dies vom Mandate, dessen Fortdauer wegen der dem gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähig gewordenen Auftraggebers zustehenden Befugniß, den Auftrag zu jeder Zeit zu widerrufen, zu erheblichen Nachtheilen nicht führen kann. Der Mangel in der Geschäftsfähigkeit ist insoweit durch die gesetzliche Vertretung gedeckt. Ueberdies liegt in den Bestimmungen der C. P. O., wonach das Prozeßmandat nicht dadurch erlischt, daß die Partei die Prozeßfähigkeit verliert (§§ 50, 82, 223), ein Vorgang, welcher volle Beachtung verdient. Die Bestimmung des Entwurfes gilt ohne Rücksicht auf den Grund, aus welchem der Auftraggeber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird, namentlich auch im Falle der Entmündigung wegen Verschwendung.

§ 601.

Mit dem geltenden Rechte[1]) bestimmt der Entwurf — im Gegensatze zu dem Falle des Todes des Auftraggebers (§ 599) —, daß mit dem Tode des Beauftragten der Auftrag erlösche, wenn nicht aus dem Vertrage ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellte. Diese Dispositivregel entspricht der Natur der Sache: der Auftrag beruht auf dem Vertrauen des Auftraggebers zum Beauftragten (§ 588). Gleichfalls in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte legt der Entwurf (Abs. 2) für den Fall, daß der Auftrag durch den Tod des Beauftragten erloschen ist, den Erben des letzteren die Verpflichtung auf, dem Auftraggeber den Tod unverzüglich anzuzeigen und, wenn und soweit Gefahr im Verzuge ist, die nöthige Fürsorge für das aufgetragene Geschäft so lange zu treffen, bis der Auftraggeber anderweite Fürsorge hat treffen können. Auch hier wird in Ansehung dieser Fürsorgepflicht der Auftrag als fortbestehend angesehen (vergl. § 599 Abs. 2). Die unbedingte, nicht auf den Fall der Gefahr im Verzuge beschränkte Anzeigepflicht rechtfertigt sich dadurch, daß der Tod des Beauftragten, wenn der Auftrag erlischt, ein folgenschweres, den Auftraggeber meist zur ungesäumten Vorkehrung besonderer Maßregeln veranlassendes Ereigniß ist[2]). Neben der Fürsorgepflicht den Erben des Beauftragten eine besondere Erhaltungspflicht aufzuerlegen[3]), wäre überflüssig

e) Tod des Beauftragten;

Fürsorgepflicht der Erben.

---

[1]) Windscheid § 411 Nr. 2, preuß. A. L. R. a. a. O. § 186; code civil Art. 2003; österr. G. B. § 1022; sächs. G. B. § 1325; schweiz. Bd. Ges. Art. 403; hess. Entw. Art 299, bayr. Entw. Art. 711 Nr. 3, dresd. Entw. Art. 711.

[2]) Windscheid § 411 Note 6; preuß. A. L. R. §§ 187—189; code civil Art. 2010; österr. G. B. a. a. O.; sächs. G. B. a. a. O.; schweiz. Bd. Ges. a. a. O.; hess. Entw. Art. 302, bayr. Entw. Art. 717, dresd. Entw. Art. 711. Vergl. Entw. § 652 Abs. 2, 3 (Gesellschaftsvertrag).

[3]) Dresd. Entw. Art. 70, hess. Entw. und bayr. Entw. a. d. a. O.

und störend. Soweit dieselbe nicht schon in der Fürsorgepflicht liegt, folgt sie aus allgemeinen Grundsätzen, wonach die Erben für Erhaltung und Sicherstellung der im Nachlasse befindlichen Vermögensstücke des Auftraggebers zu sorgen haben. Aus der Vererblichkeit der Passiva (§ 292) ist auch zu entnehmen, daß die Erben des Beauftragten, wie sie dem Auftraggeber alles ihm Gehörende herauszugeben haben (§ 592), ihm auch Rechenschaft abzulegen bezw. Rechnung zu legen haben. Alle diese Verpflichtungen der Erben stehen in Ansehung der Erfüllung unter den allgemeinen Grundsätzen, wobei insbesondere der § 241 von Belang werden kann.

Verhältniß, wenn der Auftrag nicht erlischt.

Geht der Auftrag auf die Erben des Beauftragten über, so besteht der Auftrag unverändert fort und haften die Erben für die Ausführung des Auftrages in gleicher Art, wie ihr Erblasser. Auch in diesem Falle kann die Anwendung des § 241 in Frage kommen. Für den Fall des Ueberganges des Auftrages auf die Erben macht der Entwurf den Erben nicht besonders zur Pflicht, den Tod dem Auftraggeber anzuzeigen. Es fehlte hierzu an genügenden Gründen. Soweit eine solche Verpflichtung nach den Umständen des Falles aus den allgemeinen, für die Bemessung der Verbindlichkeiten maßgebenden Grundsätzen ex bona fide sich ergiebt (§ 224 Abs. 1, § 359), ist sie selbstverständlich zu erfüllen.

§ 602.

f) Konkurs über das Vermögen α. des Beauftragten,

Wie die Eröffnung des Konkurses auf die noch nicht erfüllten Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners und die Verpflichtung zur Erfüllung derselben wirkt, ist an sich eine Frage, welche in den Bereich des materiellen Konkursrechtes fällt. Dieser Theil des materiellen Konkursrechtes ist in der Konk. O. einer umfassenden Regelung unterzogen (vergl. insbesondere § 4 des Einf. Ges. zur Konk. O.). In einer Beziehung hat die Konk. O. jedoch sich der Regelung enthalten: In § 20 sind diejenigen besonderen Vorschriften der (Reichs- und) Landesgesetze, wodurch die Einwirkung des Konkurses auf gewisse schwebende Rechtsverhältnisse in Abweichung von den allgemeinen Regeln bestimmt ist, in Kraft erhalten. Diese Vorschriften, bei denen gerade auch an das Mandat gedacht wurde, sind somit als dem bürgerlichen Gesetzbuche vorbehalten anzusehen (Mot. zu Konk. O. § 20, S. 84 ff.). Es entsteht die Frage, ob besondere Gründe obwalten, die Normen der Konk. O. über die Einwirkung des Konkurses auf die schwebenden Vertragsverhältnisse in Beziehung auf die schwebenden Auftragsverhältnisse zu ändern oder zu ergänzen. Für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Beauftragten ist diese Frage zu verneinen. Nach dem preuß. A. L. R. I, 13 § 197 sind, sobald ein Kaufmann in Konkurs verfällt oder nicht mehr zahlen zu können öffentlich erklärt, die ihm gegebenen Aufträge für widerrufen zu achten. Die allgemeine Geltung dieser Vorschrift auch für Aufträge, welche einem Nichtkaufmanne ertheilt sind, ist behauptet, andererseits aber bestritten[1]). Der code civil Art. 2003 und das österr. G. B. § 1024

---

[1]) S. Dernburg II § 183 Nr. 5, § 119 Nr. 2, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. II S. 438, andererseits Eccius II § 141 S. 335.

lassen dagegen zweifellos durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beauftragten den Auftrag erlöschen[1]). Für diesen Fall genügt jedoch einestheils das dem Auftraggeber zustehende, der Verzichtbarkeit entzogene Widerrufsrecht (§ 597), und andererseits der Umstand, daß, wenn die Ausführung des Auftrages an die Person des Beauftragten geknüpft ist, das schwebende Verhältniß von dem Konkurse nicht berührt wird, da der Konkursverwalter von der Ausführung ausgeschlossen ist, überhaupt die Rechte und Pflichten aus einem solchen Mandate pro futuro von dem Beauftragten auf einen Dritten oder die Gläubigerschaft nicht übergehen können. Ist das Mandat von anderer als der erwähnten Beschaffenheit, so gehören die Rechte, welche aus demselben für den Beauftragten sich ergeben, zur Konkursmasse, welche aber auch, wie § 15 der Konf. O. lehrt, wenn sie die Rechte geltend macht, die entsprechenden Verpflichtungen zu erfüllen hat, unbeschadet des dem Auftraggeber zustehenden Widerrufsrechtes. Es wäre nicht angemessen, durch eine positive Vorschrift, welche nach dem Vorbilde der erwähnten Kodifikationen das Erlöschen des Mandates de jure bestimmte, einzugreifen. Durch eine solche Vorschrift könnten, abgesehen davon, daß sie für die der vermögensrechtlichen Beziehung entbehrenden Aufträge nicht paßte, die Interessen des einen oder anderen Theiles mitunter empfindlich leiden. Die aus dem Mangel einer derartigen Vorschrift etwa zu besorgenden Nachtheile verlieren wegen des Widerrufsrechtes des Auftraggebers ihre hauptsächliche Bedeutung.

Für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers schreibt das preuß. A. L. R. (a. a. O. § 199) vor, der Bevollmächtigte habe das Geschäft, soweit es ohne offenbaren Nachtheil der Masse möglich sei, so lange in Anstand zu lassen, bis er von den Kuratoren weitere Anweisung erhalte. Die auch hier verfochtene Meinung, daß das Mandat überhaupt mit dem Konkurse des Auftraggebers erlösche, ist andererseits bestritten[2]). Das österr. G. B. § 1024 erklärt nur alle Handlungen, welche der Gewalthaber nach Kundmachung des Konkurses über das Vermögen des Machthabers im Namen des Konkursschuldners unternommen, ohne Rechtskraft. Nach dem code civil Art. 2003 erlischt der Auftrag durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers[3]). Mit diesem Falle hat es in der That nicht dieselbe Bewandtniß, wie mit dem Konkurse über das Vermögen des Beauftragten. Die Bestimmungen des § 600 über die regelmäßige β. des Auftraggebers.

[1]) Ebenso zür. G. B. § 1182; das schweiz. Bd. Ges. Art. 403 Abs. 1 erklärt den Auftrag durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beauftragten dann für beendet, wenn nicht das Gegentheil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden muß. Das sächs. G. B. und die neueren Entwürfe enthalten keine hierauf bezügliche Bestimmung.

[2]) S. Dernburg II § 183 Nr. 5, § 119 Nr. 2, Motive zur Konf. O. S. 86; dagegen Koch, Kommentar N. 63 zu § 199, Wilmowski, Kommentar zur Konf. O. § 20 lit. i, Eccius II § 141 S. 336.

[3]) Ebenso nach dem zür. G. B. § 1182, und nach dem schweiz. Bd. Ges. Art. 403, sofern nicht das Gegentheil vereinbart oder aus der Natur des Geschäftes zu folgern ist. Das sächs. G. B., der hess. und der dresd. Entw. schweigen, ebenso der bayr. Entw., dessen Motive (S. 215) übrigens davon ausgehen, daß die Konkurseröffnung gegen den

Wirkungslosigkeit des Verlustes oder der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Auftraggebers sind allerdings hierher ohne Belang, indem der Gemeinschuldner nach der Konk. O. durch die Eröffnung des Konkurses nicht geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird. Er verliert nur die Macht, über das bei Eröffnung des Konkurses vorhandene Vermögen zu verfügen. Es kommt aber weiter Folgendes in Betracht: Vollzieht der Beauftragte nach Eröffnung des Konkurses den Auftrag, so fragt sich, ob die Konkursmasse, und wenn nicht, ob der Auftraggeber (der Gemeinschuldner) durch die Vollziehung verpflichtet werde. Die Verpflichtung der Masse läßt sich verneinen wegen des Grundsatzes, daß nach Eröffnung des Konkurses das zur Konkursmasse gehörende Vermögen nur der Disposition der Gläubigerschaft unterliegt; mit der Verpflichtung des Gemeinschuldners wird dagegen dem Auftraggeber wenig gedient sein. Zugleich erheben sich Zweifel über die Anwendbarkeit des § 15 der Konk. O., welcher nur von zweiseitigen Verträgen redet, folglich — auch bei Unterstellung des weitesten Verständnisses — dann nicht paßt, wenn der Beauftragte einen mit der actio contraria zu verfolgenden Anspruch durch Vollziehung des Mandates nicht gewinnt. Wegen dieser und anderer Schwierigkeiten empfiehlt sich die durchgreifende Regel, daß der Auftrag mit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Auftraggebers erlösche. Nur darf diese Regel nicht auf die Aufträge erstreckt werden, welche keine Beziehung auf das Vermögen des Auftraggebers haben. Für solche Aufträge muß der nur das Vermögen ergreifende Konkurs gleichgültig bleiben. Die Bestimmung des zweiten Satzes rechtfertigt sich durch die Erwägungen, welche für diejenige des § 599 Abs. 2 maßgebend sind[1]).

Einfluß des Erlöschens auf eine Substitution.

Der Entwurf giebt keine Bestimmung über den Einfluß der Erlöschung des Auftrages auf den Bestand einer vom Beauftragten vorgenommenen Substitution[2]). Der zwischen dem Beauftragten und dem Substituten abgeschlossene Vertrag ruft zwischen beiden ein Rechtsverhältniß hervor, welches, an sich betrachtet, dadurch sich nicht erledigt, daß der dem Beauftragten von seinem Auftraggeber ertheilte Auftrag erlischt. Nur wenn der Substituent bei Ertheilung des Auftrages an den Substituten hervorgehoben hat, daß er zur Ausführung des ihm von seinem Auftraggeber ertheilten Auftrages den Substituten berufe, läßt sich die Annahme rechtfertigen, der Substitutionsvertrag sei stillschweigend unter der Bestimmung geschlossen, daß der Substitutionsvertrag mit dem Erlöschen des Auftrages ende. Das Eine wie das Andere tritt überzeugend bei Berücksichtigung der Fälle hervor, in welchen der Gegenstand des Hauptauftrages nicht ein Rechtsgeschäft oder zwar ein Rechtsgeschäft, jedoch mit der

---

Auftraggeber die Erlöschung des Mandates bewirke, es sei denn, daß es die Vermögensrechte desselben gar nicht berühre, weil nach Art. 711 Nr. 2 das Mandat erlösche, wenn der Vollmachtgeber die Rechtsfähigkeit zur Vornahme des aufgetragenen Geschäftes verliere. Für das gemeine Recht s. Seufferts Archiv III Nr. 321.

[1]) Ebenso schweiz. Ges. Art. 403 Abs. 2; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 198.

[2]) S. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 181, 182, 193, 194; hess. Entw. Art. 303, bayr. Entw. Art. 713, dresd. Entw. Art. 713; Mot. zum sächs. G. B. § 1308, s. Siebenhaar II S. 314. Vergl. Entwurf § 120.

Maßgabe ist, daß der Beauftragte das aufgetragene Geschäft in eigenem Namen zu schließen hat. Es empfiehlt sich also keine Dispositivbestimmung oder Auslegungsregel. Ein besonderer Fall liegt vor, wenn Auftrag und Vollmacht ertheilt und der Beauftragte zugleich ermächtigt worden ist, sich einen Dritten als Vollmachtsträger zu substituiren. Bestellt solchenfalls der Beauftragte, kraft der besonderen Substitutionsermächtigung, im Namen seines Machthabers handelnd, einen anderen Bevollmächtigten, so erscheint dieser als unmittelbarer Bevollmächtigter des Geschäftsherrn, demzufolge seine Vollmacht dadurch nicht erlöschen kann, daß der Geschäftsführer nur den dem Substituenten ertheilten Auftrag widerruft. Denn die Ertheilung der Untervollmacht im unterstellten Falle ist nach dem Prinzipe des § 116 als unmittelbar vom Geschäftsherrn ausgegangen zu betrachten.

§ 603[1]).

Eintritt der Wirkung des Erlöschens gegenüber dem Beauftragten.

Daß wie die Verpflichtungen des Beauftragten so auch dessen Rechte bis zum wirklichen Erlöschen des Auftrages fortbestehen, ist selbstverständlich. Für den Fall der Erlöschung des Auftrages durch Tod (vergl. §§ 600, 602) ist dem Beauftragten bezw. dessen Erben noch über die Dauer des Auftrages hinaus eine gewisse Fürsorgepflicht auferlegt; insoweit bestehen auch die Rechte des Beauftragten als vertragsmäßige fort, wie aus den Vorschriften der §§ 599 Abs. 2, 601 Abs. 2 erhellt (vergl. §§ 600, 602). In § 603 bestimmt der Entwurf im Anschlusse an geltendes Recht[2]) aus Billigkeitsrücksichten allgemein, daß der Auftrag in Ansehung der dem Beauftragten zukommenden Rechte über die wirkliche Erlöschung hinaus so lange als fortbestehend anzusehen sei (§ 599 Abs. 2, § 600 Abs. 2), bis der Beauftragte von der das Erlöschen bewirkenden Thatsache Kenntniß erlangt hat oder hätte erlangen müssen (§ 146). Das Kennenmüssen ist der Kenntniß in Rücksicht auf die Rechtsstellung der Betheiligten und aus Gründen der Billigkeit gleichgestellt. Die Kenntniß des Beauftragten oder das Kennenmüssen hat, worauf auch die Fassung des Entwurfes hinweist, der Auftraggeber zu beweisen. Die Vorschrift des Entwurfes bezieht sich auf alle Fälle, wo kraft gesetzlicher Bestimmung oder einer Vereinbarung der Parteien der Auftrag erlischt, insbesondere auch auf den Fall, wenn von den Parteien vereinbart oder von dem Auftraggeber bestimmt worden ist, daß der Auftrag mit dem Eintritte einer positiven oder negativen Thatsache erlöschen oder nicht ausgeführt werden soll. Es besteht kein genügender Grund, die Vorschrift auf bestimmte Erlöschungsgründe (Tod, Widerruf) zu beschränken. Die Vorschrift gilt hiernach auch für das Erlöschen des Auftrages durch die Eröffnung des

---

1) Vergl. § 1709, § 654.

2) S. für das gemeine Recht in Ansehung des Rücktrittes und Todes Windscheid § 411 Nr. 1, 2; code civil Art. 2008 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 404 (für alle Erlöschungsgründe); hess. Entw. Art. 297, bayr. Entw. Art. 719, dresd. Entw. Art. 715 (ebenso allgemein). Nach dem sächs. G. B. §§ 1319, 1324 erlischt das Auftragsverhältniß im Falle des Widerrufes und im Falle des Todes des Auftraggebers erst mit dem Zeitpunkte, in welchem der Beauftragte von der betreffenden Thatsache Kenntniß erlangt hat (s. dagegen Entwurf § 597 Abs. 1, § 74).

Konkurses über das Vermögen des Auftraggebers (§ 602), wobei jedoch die dem Konkursrechte angehörenden Fragen dahingestellt bleiben, ob der Beauftragte, wenn er in entschuldbarer Unkenntniß von der Konkurseröffnung den Auftrag ausführt oder die Ausführung fortsetzt, wegen seiner mit der actio mandati contraria verfolgbaren Ansprüche Konkursgläubiger oder gar Massegläubiger wird oder nur an die Person des Gemeinschuldners und an das von diesem erst nach der Eröffnung des Konkurses erworbene Vermögen sich halten kann. Ausgenommen von der Vorschrift ist nur der Fall des unbedingten Widerrufes des Auftrages; die Hereinziehung dieses Falles würde nicht zu der dem § 74 zu Grunde liegenden Empfangstheorie passen. Wohl aber findet das Prinzip des § 603 auf den Fall des bedingten Widerrufes Anwendung.

Die Vorschrift des § 603 bezweckt eine Begünstigung des Beauftragten, bezieht sich demgemäß nur auf die Fortdauer der Rechte des Beauftragten, nicht auch auf die Fortdauer seiner Verpflichtungen über das Ende des Auftrages hinaus. Der Beauftragte soll nicht Schaden leiden, wenn er nach dem Erlöschen des Auftrages in gutem Glauben an dessen Fortbestand als Beauftragter gehandelt hat. Daß der Beauftragte, wenn er, von dem Erlöschen des Auftrages nicht unterrichtet, bezw. in gutem Glauben dessen Ausführung unternimmt oder fortsetzt, hierbei die Verpflichtungen zu erfüllen hat, wie sie einem Beauftragten obliegen, ist unleugbar, indessen zu bestimmen überflüssig, weil, wenn man auch nicht als selbstverständlich betrachten dürfte, daß, soweit der Beauftragte in gutem Glauben an die Fortdauer seines Auftrages handelt, ihn auch die Verpflichtungen des Beauftragten treffen, doch jedenfalls die gleiche Verpflichtung sich schon aus den Grundsätzen über die negotiorum gestio (§ 749) ergäbe.

§ 604.

Rath oder Empfehlung.

Die Vorschrift des § 604 steht im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem richtig verstandenen röm. und gemeinen Rechte und den bezüglichen Bestimmungen der modernen Kodifikationen[1]). Der unaufgefordert oder auf Anfrage gegebene Rath, eine solche Auskunft oder Empfehlung sind an sich unverbindlich. Der Wille, sich zu obligiren, fehlt gewöhnlich und derjenige, welcher den Rath oder die Empfehlung empfangen, handelt, wenn er sie befolgt, auf seine Gefahr. Letzteres erleidet eine Ausnahme nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die actio doli, wenn der den Rath oder die Empfehlung Ertheilende arglistig gehandelt hat; er haftet für den Ersatz des dem Anderen aus der Befolgung des Rathes oder der Empfehlung entstandenen Schadens

[1]) Windscheid § 412 Nr. 2 Note 21, § 451, auch § 470 a. E.; Thöl, Handelsrecht § 236; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XIX Nr. 63 S. 196 ff.; Seufferts Archiv XXXII Nr. 45; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 217, 218 ff.; Eccius II § 141 S. 308; österr. G. B. § 1300; zür. G. B. §§ 1131, 1132; sächs. G. B. §§ 1301, 1504; Entsch. d. O. A. G. Dresden in Annalen N. F., V S. 470; hess. Entw. Art. 267, bayr. Entw. Art. 687, dresd. Entw. Art. 688 Abs. 2. Vergl. Zachariä, franz. Civ. R. II § 410 S. 626, bad. L. R. Satz 1381 aa bis 1381 ae; bayr. L. R. Theil IV Kap. 9 § 3, Kap. 10 § 3.

aus seinem Delikte, nämlich auf Grund seiner Arglist. Indem der Entwurf dies ausspricht, ist die in Theorie und Praxis noch nicht verschwundene Ansicht, es müsse auch für culpa, mindestens für culpa lata, eingestanden werden, zurückgewiesen. Die Entscheidung dieser Streitfrage ist um so nöthiger, je zahlreicher, namentlich bei Erkundigungen nach Solvenz und Kreditwürdigkeit, die Fälle sind, in welchen ein Anspruch wegen eines dem Rathenden oder Empfehlenden zur Last fallenden Versehens erhoben wird. Vorbehalten müssen aber die Fälle werden, in welchen die besonderen Umstände eine weitergehende Haftung begründen. Dahin gehört zunächst der Fall, wenn der Rath oder die Empfehlung auf Grund eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrages, vielleicht sogar gegen Entgelt ertheilt ist und eine umfassendere Haftung aus den für Verträge geltenden allgemeinen Grundsätzen sich ergiebt. Zu diesen Vertragsfällen gehören auch diejenigen, in welchen Rath und Empfehlung kraft Gewerbes oder Berufes ertheilt ist. Es entfällt hiernach auch eine besondere Bestimmung über die Verantwortlichkeit derjenigen, welche als Sachverständige in Angelegenheit ihrer Kunst oder Wissenschaft einen Rath ertheilen[1]). Ein anderer Fall ist der, wenn ein Beamter kraft seiner Amtspflicht zu rathen und zu empfehlen hat. Inwiefern aber ein solcher Beamter demjenigen, welchem er Rath und Empfehlung ertheilte, verantwortlich ist, beurtheilt sich nach dem öffentlichen Rechte und ist in dem Gesetzbuche nicht zu entscheiden (vergl. § 736). Hiernach mußte sich der Entwurf auf den im Schlusse des § 604 ausgesprochenen allgemeinen Vorbehalt beschränken.

Zehnter Titel.

Anweisung[2]).

§ 605.

Das Institut der Anweisung gehört in der heutigen Gestalt dem modernen Rechtsleben an. Das Bestreben, dasselbe in das römische Rechtssystem einzufügen, hat zu verschiedenen Auffassungen von dem Begriffe und Wesen der Anweisung geführt. Die herrschende Meinung erblickt das Wesen derselben in einem Doppelmandate, nämlich in dem von dem Anweisenden dem Anweisungs- 1. Wesen der Anweisung: a) Doktrin,

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 219—221; österr. G. B. § 1300 Satz 1.

[2]) Terminologie: Das österr. G. B. (§§ 1400 ff.), das zür. G. B. (§§ 1195 ff.) und der bayr. Entw. (Art. 722 ff.) bezeichnen die bei der Anweisung Betheiligten mit: „der Assignant, Assignatar, Assignat"; das preuß. A. L. R. (I, 16 §§ 251 ff.) „Anweisender", „Angewiesener" (gleich Anweisungsempfänger) und „Assignat". Der hess. Entw. (Art. 304 ff.) bedient sich der Ausdrücke „Anweiser", „Empfangsbevollmächtigter" und „Angewiesener"; das bad. L. R. (Art. 2010 a) „Anweiser", „Anweisungsempfänger" und „Anweisungszahler"; das sächs. G. B. (§§ 1328 ff.), der dresd. Entw. (Art. 717 ff.) und das schweiz. Bd. Ges. (Art. 406 ff.) gebrauchen die Ausdrücke: „Anweisender", „Anweisungsempfänger" und „Angewiesener". Vergl. H. G. B. Art. 300, 301.

empfänger ertheilten Einkassirungsmandate und in dem Zahlungsauftrage des Anweisenden an den Angewiesenen, wobei streitig ist, ob begrifflich der Anweisungsempfänger den Gegenstand der Anweisung für sich, in eigenem Namen einzuziehen habe. Gleichgültig erscheint hierbei das früher vielfach behufs der Bestimmung des Wesens der Anweisung herangezogene, die Anweisung veranlassende Verhältniß zwischen den Betheiligten und der mit der Anweisung verfolgte Zweck[1]. Die Behandlung der Anweisung durch die moderne Gesetzgebung und die neueren Entwürfe schließt sich in der Hauptsache an die zur Zeit ihrer Entstehung vorherrschende Theorie an. Das österr. G. B. (§§ 1400 ff.) faßt die Anweisung lediglich als Mittel der Schuldentilgung auf, wobei es auch als sog. vollständige Anweisung den Fall mit einbegreift, wenn der Gläubiger den ihm von seinem Schuldner als Zahler gestellten Dritten mit dessen Einwilligung anstatt des anweisenden Schuldners als Schuldner annimmt (§ 1401)[2]. Auch das preuß. A. L. R. stellt als Normalfall denjenigen voran, wenn bei der Assignation die Absicht zu Grunde liegt, eine Schuld des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu tilgen, und zwar durch Auftrag an den Gläubiger (Anweisungsempfänger), eine Forderung des Anweisenden bei einem Dritten für eigene Rechnung zu erheben (I, 16 §§ 251, 252)[3]; es sieht aber weiter die Fälle vor, wenn die Anweisung nicht zur Tilgung einer Forderung des Anweisungsempfängers an den Assignanten geschieht (§§ 298, 299), und wenn ein Schuldverhältniß zwischen dem Anweisenden und dem angewiesenen Dritten nicht besteht (§ 259). Im Uebrigen normirt die bestehende Gesetzgebung den Begriff der Anweisung ohne Beziehung auf den besonderen Zweck derselben als Schuldtilgungsmittel, im Anschlusse an die Ansicht, welche in der Anweisung ein Doppelmandat erblickt: bad. L. R. Art. 2010 a ff.; zür. G. B. §§ 1195 ff. (Bluntschli III S. 213); sächs. G. B. § 1328 (Motive hierzu bei Siebenhaar III S. 321); schweiz. Bd. Ges. Art. 406 ff.; hess. Entw. Art. 304 ff. (Motive dazu S. 122), bayr. Entw. Art. 722 (Motive dazu S. 218) und dresd. Entw. Art. 717[4].

b) geltendes Recht,

c) Entwurf: Zweck der Anweisung;

Der Entwurf geht davon aus, daß Grund und Zweck der Anweisung sehr verschiedener Art sein können. Es kann der Fall sein, daß dem Anweisenden eine Verbindlichkeit gegen den Anweisungsempfänger obliegt, deren Erfüllung durch die Anweisung vermittelt werden soll, aber auch, daß durch die Anweisung und die auf Grund derselben erwartete Zahlung eine Verbindlichkeit des Anweisungsempfängers gegen den Anweisenden begründet werden soll, z. B. wenn durch die Anweisung dem Anweisungsempfänger ein Kredit

---

1) Württemb. Archiv XI S. 73 ff; Windscheid § 412; Eccius I § 95; Dernburg II § 52; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. I Nr. 19, III Nr. 4, XXII Nr. 31.

2) Vergl. Entw. §§ 314 ff. Das österr. G. B. handelt von der Anweisung (Assignation) im Hauptst. von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten (Novation, Vergleich, Zession, Anweisung).

3) Demgemäß handelt das preuß. A. L. R. von Anweisungen in dem Titel: „von der Art, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören".

4) Diese Gesetzgebungen geben der Anweisung, wie der Entwurf, im Systeme die Stellung unmittelbar hinter dem Mandat; vergl. Windscheid § 412 Note 8e.

eröffnet wird. Der sog. Kreditbrief ist nur eine Spezies der Anweisung[1]). Es kann die Anweisung erfolgen zu dem Zwecke einer Schenkung an den Anweisungsempfänger, oder in der Absicht, daß der letztere das auf Grund der Anweisung Erhobene im Interesse des Anweisenden verwende oder ihm abliefere. Unerheblich ist auch, ob der Angewiesene schon zuvor in einem Schuldverhältnisse zu dem Anweisenden stand oder nicht. Die Anweisung kann den Zweck haben, eine Forderung des Anweisenden an den Angewiesenen zur Einziehung zu bringen (Anweisung auf Schuld), aber auch ergehen, ohne daß der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist (Anweisung auf Kredit), wobei durch die Honorirung erst ein Schuldverhältniß zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen begründet wird. Der Begriff der Anweisung ist an sich unabhängig von demjenigen Rechtsverhältnisse, welches den Veranlassungsgrund für die Anweisung bildet (s. H. G. B. Art. 300). Die Anweisung bildet nur ein Mittel, um eine Leistung aus einem Grunde und zu einem Zwecke, welche außerhalb der Anweisung liegen, herbeizuführen. Das Bedürfniß, welchem die moderne Anweisung ihre Entstehung verdankt und dient, ist wesentlich die Erleichterung von Auszahlungen im Interesse des Verkehres. Sie ist, wie der Wechsel, ein selbständiges, aus dem Verkehrsleben herausgewachsenes Institut. Als solches ist jedoch von praktischer Bedeutung nur die schriftliche Anweisung. Der Entwurf beschäftigt sich deshalb nur mit dieser und überläßt es der Anwendung allgemeiner Grundsätze, wie der Ermittelung des Willens der Betheiligten, die Rechtswirkungen einer anderen Anweisung festzustellen. *Schriftliche Anweisung:*

Die schriftliche Anweisung enthält an sich nur die an den Angewiesenen gerichtete Aufforderung, an einen Dritten, den Anweisungsempfänger, eine gewisse Leistung zu bewirken. Allgemein anerkannt und für das als Anweisung bezeichnete Rechtsgeschäft wesentlich ist aber, daß der Angewiesene für Rechnung des Anweisenden leisten soll und die bewirkte Leistung nur mit diesem zu verrechnen hat[2]). Für den Anweisungsempfänger enthält die Anweisung zunächst nicht den Auftrag zur Einziehung der Leistung, sondern, mit Absehen von dem unterliegenden Rechtsverhältnisse, nur die Ermächtigung, die Leistung zu erheben. Wenn auch der Zweck dieser Ermächtigung zurücktritt, so ist derselben doch eigenthümlich, daß der Empfänger befugt sein soll, die Leistung in eigenem Namen zu erheben. Ohne diese Befugniß könnte auch die Annahme der Anweisung seitens des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger nicht als ein dem letzteren gegebenes Zahlungsversprechen wirken (§ 607), während gerade hierin die selbständige Bedeutung des Institutes wesentlich mit zu Tage tritt. Soll jene Befugniß nicht ertheilt werden, so dient dem Zwecke das Inkassomandat. Ist sie ertheilt, so ist jedoch damit noch nicht darüber entschieden, ob der Anweisungsempfänger die Leistung für sich behalten darf oder dem Anweisenden herauszugeben hat. *Aufford. an d. Angewiesenen z. Leistung für Rechnung des Anweisenden, des Empfängers Ermächtigung zur Erhebung in eigenem Namen,*

Der Aufforderung des Anweisenden, an einen Anderen, den Anweisungsempfänger, eine Leistung zu bewirken, dem jussus an den Angewiesenen („Zahlen Sie" . . ., „Leisten Sie" . . ., „Belieben Sie zu zahlen" . . .) kommt, *Behändigung an den Anweisungsempfänger.*

---

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 415—417; s. Dernburg II § 52 Nr. 2 Note 4.

[2]) Vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. III Nr. 4; s. dagegen § 680, Kreditauftrag.

auf den praktischen Zweck gesehen, allerdings die Hauptbedeutung zu. Es ist aber weder nöthig, noch gewöhnlich, daß dem Angewiesenen diese Aufforderung des Anweisenden unmittelbar zugeht. Auch wenn der Angewiesene von der Anweisung benachrichtigt wird, so erhält doch nicht dieser, sondern der Anweisungsempfänger die Urkunde, und an diese Gewohnheit des Geschäftslebens hat Doktrin, Praxis und moderne Gesetzgebung angeknüpft (§ 605)[1]).

Für den Fall, wenn der Anweisende nur den Angewiesenen auffordert, die Leistung an einen Anderen zu bewirken, ohne den letzteren mit der Erhebungsermächtigung zu versehen, dergestalt, daß nur der jussus an den Angewiesenen, zu leisten, vorläge, ist eine gesetzliche Vorschrift nicht gegeben. Eine solche Anweisung ist jedenfalls für den Verkehr nur von geringer Bedeutung und bedarf einer besonderen Regelung nicht. Ohne Zweifel sind auf sie die §§ 606, 608, sowie die Vorschrift des § 612, soweit letztere nicht von den Folgen der Annahme für das Widerrufsrecht redet, anwendbar. Dies besonders zu bestimmen, erscheint nach den für das Mandat geltenden Grundsätzen in Verbindung mit § 86 entbehrlich. Einer Anweisung, welche von dem Anweisenden nur mündlich, etwa bei gleichzeitiger Anwesenheit des Empfängers und des Angewiesenen, sowohl an den einen als an den anderen gerichtet würde, ist, wenn auch der Entwurf schweigt, die Gültigkeit und Wirksamkeit nicht abgesprochen. Auf diesen Fall mögen die Vorschriften des Entwurfes über die schriftliche Anweisung, mit Ausnahme des § 607 und abgesehen von der hieraus sich ergebenden Modifikation des § 612, anwendbar sein. Die richtige Beurtheilung desselben wird wegen des Prinzipes der Vertragsfreiheit um so weniger auf Schwierigkeiten stoßen, als bei der Auslegung der einzelnen Rechtsgeschäfte von der Voraussetzung ausgegangen werden darf, die Parteien hätten die Anwendbarkeit der passenden Vorschriften gewollt, bezw. stillschweigend vereinbart, was diesen Vorschriften gemäß ist. Die an und für sich anwendbaren Vorschriften enthalten in der That, abgesehen von den erwähnten Modifikationen, nichts, was nicht in der Regel als von den Parteien gewollt zu betrachten sein würde.

Mündliche Anweisung.

Gegenstand der Anweisung.

Als Gegenstand der Anweisung betrachtet der Entwurf (§ 605) jede Art von Leistung, welche im eigenen Namen sich erheben läßt, wenn auch Geldanweisungen die Regel bilden. Der Entwurf folgt hierin neben dem bad. L. R. Art. 2010a und dem sächs. G. B. § 1328 insbesondere dem beachtenswerthen Vorgange des H. G. B. Art. 300 (Hahn, Komm. II zu Art. 300 § 2 S. 125). Die Bestimmungen des preuß. A. L. R. lauten gleichfalls allgemein, werden aber theilweise in beschränktem Sinne ausgelegt[2]). Die Anweisung auf Geldsummen oder Quantitäten zu beschränken[3]), dazu fehlt ein genügender Grund.

---

[1]) Vergl. Thöl §§ 325, 326 S. 1076 ff., die zit. Gesetzgebungen; nur das preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 268, 269 spricht besonders aus, daß der Assignant dem Assignaten die geschehene Anweisung bekannt machen müsse.

[2]) A. L. R. a. a. O. §§ 251, 295; Dernburg II § 52 Note 2; Eccius I § 95 S. 610.

[3]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 406; hess. Entw. Art. 304, bayr. Entw. Art. 722, dresd. Entw. Art. 717.

Bei Anweisung einer Forderung ist Gegenstand nicht die Forderung, sondern der gemäß derselben geschuldete Gegenstand, welcher durch das Schuldverhältniß nur bestimmt wird.

§ 606.

2. Annahme des Angewiesenen gegenüber a) dem Anweisenden,

Die Aufforderung des Anweisenden an den Angewiesenen allein verpflichtet, wie bemerkt, den letzteren zu nichts, so lange er die Anweisung noch nicht angenommen und dadurch sich verbindlich gemacht hat, der in der Anweisung enthaltenen Aufforderung nachzukommen. Dies gilt auch, wenn er Schuldner des Anweisenden ist und das von ihm Geschuldete den Gegenstand der Anweisung bildet[1]). Das zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen bestehende Schuldverhältniß bleibt hier außer Betracht und es ist eine Frage für sich, ob aus demselben eine Verpflichtung des Angewiesenen zur Annahme abgeleitet werden kann. Durch die Annahme der Anweisung übernimmt der Angewiesene eine neue Verpflichtung. Hierzu kann, ohne besondere hierauf gerichtete Verbindlichkeit, Niemand gezwungen werden. Nimmt der Angewiesene aber die Anweisung gegenüber dem Anweisenden, wenn auch nur mündlich, an, so wird er dem Letzteren wie ein Beauftragter dem Auftraggeber zur Befolgung der Anweisung verpflichtet. Er haftet demgemäß insbesondere in dieser Richtung für omnis culpa. In Uebereinstimmung mit der herrschenden Anschauung und der bestehenden Gesetzgebung spricht der Entwurf diese Rechtsfolge solcher Annahme der Anweisung aus[2]). Im Uebrigen wird durch die bloße Annahme der Anweisung seitens des Angewiesenen an dem etwa zwischen ihm und dem Anweisenden bestehenden Schuldverhältnisse nichts geändert (sächs. G. B. § 1334; vergl. Entwurf § 608). Die Bestimmung des preuß. A. L. R. (a. a. O. § 292), daß die Annahme der Anweisung auf Schuld seitens des Schuldners als erneuertes Schuldbekenntniß zum Besten des Anweisenden wirke, ist rein positiv.

§ 607.

b) dem Anweisungsempfänger: α. Geltendes Recht,

Die Frage, ob un wie der Angewiesene aus dem Akzepte der Anweisung dem Anweisungsempfänger verpflichtet werde, ist gemeinrechtlich kontrovers, indem von einer Seite das in der Akzeptation liegende Versprechen als Summenversprechen für ungültig erklärt wird[3]). Auch in der Gesetzgebung wird die Frage verschieden beantwortet. Das österr. G. B. (§ 1403) und der hess. Entw. (Art. 306) lassen aus der Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen eine Verbindlichkeit des Angewiesenen nur dem Anweisenden, nicht aber dem Anweisungsempfänger gegenüber entstehen, wogegen nach der Auffassung des preuß. A. L. R.

---

[1]) Anders das österr. G. B. §§ 1408, 1409, preuß. A. L. R. I, 16 § 256, schweiz. Bd. Ges. Art. 410; hess. Entw. Art. 305, bayr. Entw. Art. 725 (bei Anweisung auf Schuld).

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 259, 260; österr. G. B. § 1403; hess. Entw. Art. 306, bayr. Entw. Art. 726, dresd. Entw. Art. 719.

[3]) S. Windscheid § 412 Note 16.

durch die wenn auch nur dem Assignanten gegenüber erfolgte Annahme der Anweisung durch den Assignaten die Verpflichtung des letzteren gegen den Assignatar (Anweisungsempfänger) zur Leistung begründet wird, wenn der Assignat auch dem Anweisenden zu nichts verpflichtet wäre[1]). Nach dem H. G. B. Art. 300, dem sächs. G. B. § 1328, dem schweiz. Bd. Ges. Art. 409, sowie dem bayr. Entw. Art. 726 und dem dresd. Entw. Art. 719 wird der Angewiesene dem Anweisungsempfänger aus der Annahme der Anweisung nur dann zur Leistung verpflichtet, wenn er die Annahme diesem selbst gegenüber erklärt, bezw. ihm die Zahlung versprochen hat; es wird hierdurch ein selbständiges Schuldverhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen begründet. Dies ist der Standpunkt des Entwurfes. Der § 607 erklärt die Annahme, dem Anweisungsempfänger gegenüber ausgesprochen, auch wenn sie die ihr zu Grunde liegende materielle causa nicht angiebt und von ihr abstrahirt, für verbindlich und bestimmt ferner, daß in der einfachen Annahmeerklärung stets ein abstraktes Schuldversprechen zu finden sei. Hiermit trägt der Entwurf nur den im Verkehre vorherrschenden, auf ein dringendes praktisches Bedürfniß hinweisenden Anschauungen Rechnung. Die Bestimmung ist aber in Gemäßheit des in § 683 für das abstrakte Schuldversprechen angenommenen Prinzipes, in Abweichung von dem H. G. B. Art. 300, beschränkt auf den Fall schriftlicher Annahme der Anweisung[2]); jenes Prinzip ist hier noch verschärft durch die Bestimmung, daß die schriftliche Annahme auf der Anweisung selbst ertheilt sein muß. Weder im Wesen des im Akzepte einer Anweisung enthaltenen abstrakten Schuldversprechens, noch sonst liegen Gründe zu einer Abweichung von jenem wichtigen Grundsatze des Entwurfes (§ 683) vor. Insbesondere wäre die Annahme, daß im bürgerlichen Verkehre die auch nur mündliche Annahmeerklärung den Willen des Angewiesenen, sich abstrakt mit den Wirkungen des § 607 zu verpflichten, stets zur Genüge erkennen lasse, keineswegs begründet. Das Akzept der Anweisung und das hierin liegende abstrakte Schuldversprechen zeichnet sich andererseits von sonstigen Schuldversprechen dadurch aus, daß der Grund, weshalb der Angewiesene sich dem Anweisungsempfänger verpflichtet, nicht in den zwischen ihnen, sondern in den zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden bestehenden Rechtsbeziehungen zu beruhen pflegt, und daß der Empfänger von der der Annahmeerklärung zu Grunde liegenden materiellen causa häufig nicht einmal Kunde hat, weshalb dem Akzeptanten der Anweisung, ähnlich wie im Falle der Begebung eines Inhaber- oder Ordrepapieres, Einreden aus jener materiellen causa an sich dem Anweisungsempfänger gegenüber abgeschnitten werden müssen. Der Akzeptant ist also strenger verpflichtet, als im Falle des einfachen abstrakten Schuldversprechens (§ 684). Dadurch ist die bezeichnete Verschärfung der Schriftform bedingt. Durch diese Verschärfung

β. Entwurf: selbständiges Schuldverhältniß; bei schriftlicher Annahme.

---

[1]) Dernburg II § 54; Eccius I § 95 Nr. 3; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. IX Nr. 35; ebenso zür. G. B. § 1198.

[2]) Nach preuß. Rechte (A. L. R. a. a. O. § 253) ist nach den allgemeinen Regeln über die Form der Verträge die Annahme bei Anweisung von 50 Thalern an schriftlich zu erklären. Im Uebrigen verlangt die Gesetzgebung Schriftform für das Akzept einer Anweisung nicht.

wird für den bürgerlichen Verkehr dem praktischen Bedürfnisse und der Verkehrssitte in zweifellos sachgemäßer und zweckmäßiger Weise die erforderliche Rücksicht geschenkt.

Der Entwurf stellt klar, daß die beiden Fälle einander gleichstehen, wenn der Angewiesene gegenüber dem Anweisungsempfänger die Anweisung schriftlich mittels eines Vermerkes auf der Anweisung angenommen hat, oder wenn die dem Anweisungsempfänger vom Anweisenden behändigte Anweisung schon mit der schriftlichen Annahmeerklärung des Angewiesenen versehen ist (H. G. B. Art. 300 Satz 2). Auch letzterenfalls erhält der Anweisungsempfänger die Anweisung aus den Händen des Anweisenden zur Vorlegung an den Angewiesenen (§ 605). Aus der Fassung des Satz 1 erhellt auch zur Genüge, daß letzterenfalls erst mit der Auslieferung der akzeptirten Anweisung durch den Anweisenden an den Anweisungsempfänger diesem der Angewiesene aus der Annahmeerklärung verpflichtet wird, sowie daß mit dieser Auslieferung der Annahmeerklärung an den Anweisungsempfänger die Bindung des Angewiesenen eine unwiderrufliche ist.

Einwendungen des Akzeptanten.

Der zweite Satz des § 607 spricht die Konsequenzen aus der schon erwähnten Besonderheit des in dem Anweisungsakzepte enthaltenen abstrakten Schuldversprechens aus. Der Akzeptant kann sich hiernach dem Anweisungsempfänger gegenüber nur solcher Einwendungen bedienen, welche die Gültigkeit der Annahmeerklärung betreffen, oder welche sich entweder in dem Inhalte der Anweisung oder der (schriftlichen) Annahmeerklärung oder in dem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse gründen (vergl. § 689). Dies ist auch die Auffassung des geltenden Rechtes, soweit es die selbständig verpflichtende Kraft des Anweisungsakzeptes anerkennt[1]). Einwendungen aus seinem Verhältnisse zu dem Anweisenden oder aus dem Verhältnisse zwischen dem letzteren und dem Anweisungsempfänger kann hiernach der Angewiesene dem letzteren gegenüber nur geltend machen, wenn und soweit sie aus dem Inhalte der Anweisung oder der Annahmeerklärung hervorgehen. Wenn der Angewiesene die Anweisung dem Empfänger gegenüber nur unter einem gewissen aus seinem Verhältnisse zum Anweisenden entnommenen Vorbehalte annimmt, so könnte er hieraus nach dem Grundsatze des § 607, falls der Vorbehalt sich nicht schon aus dem Inhalte der Anweisung ergäbe, eine Einwendung gegen den Empfänger nur ableiten, wenn und soweit er den Vorbehalt in die Annahmeerklärung aufgenommen hätte. Das durch die Annahmeerklärung gemäß § 607 zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger begründete Schuldverhältniß steht im Uebrigen in Ansehung der Erfüllung unter den allgemeinen Grundsätzen. Gemäß denselben kann der Angewiesene dem Empfänger gegenüber auch eine ihm gegen diesen zustehende Forderung zur Aufrechnung bringen.

---

[1]) S. Eccius I § 95 Anm. 41; sächs. G. B. § 133; schweiz. Bd. Ges. Art. 409 (Schneider und Fick S. 297); dresd. Entw. Art. 720; vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. III Nr. 4 S. 17, IX Nr. 35; Seufferts Archiv XXI Nr. 232.

§ 608.

3. Leistung an den Empfänger. Ausgleichungsanspruch, Hat der Angewiesene, nach vorausgegangener Akzeptation der Anweisung oder ohne solche, die Leistung an den Anweisungsempfänger nach Maßgabe der Anweisung bewirkt, so wird für ihn hierdurch gegen den Anweisenden der Anspruch auf Ausgleichung begründet. In welcher Weise die Ausgleichung zu erfolgen habe, bestimmt sich nach den diesfalls zwischen ihnen bestehenden besonderen Festsetzungen. Mit dem bestehenden Rechte stellt der Entwurf in dieser Richtung die subsidiäre Vorschrift auf, daß der Angewiesene wie ein Beauftragter des Anweisenden (§ 595) von diesem den Ersatz des Geleisteten zu fordern berechtigt sei[1]). Die Vorschrift gilt also nicht in den Fällen, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, die Anweisung sei dem Angewiesenen nicht zu dem Zwecke ertheilt, um nach Befolgung derselben sich an den Anweisenden nach den Grundsätzen über die actio mandati contraria zu erholen. Im zweiten Satze hebt der Entwurf besonders die Rechtswirkung der Befolgung einer Anweisung auf Schuld für das Verhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen hervor. Auch diesfalls in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[2]) spricht der Entwurf aus, daß bei einer solchen Anweisung der Angewiesene durch die Leistung und erst durch die Leistung in Höhe der letzteren von der betreffenden Schuld befreit werde. Die Bestimmung setzt wirkliche Anweisung auf Schuld voraus, trifft also nicht schon zu im Falle des Bestehens eines Schuldverhältnisses zwischen dem Anweisenden und Angewiesenen. Nur in einer Anweisung auf Schuld liegt, auch unausgesprochen, die Nebenabrede, daß der Angewiesene durch die Befolgung des jussus unmittelbar von der Schuld liberirt werden soll, wie der Schuldner immer befreit wird, wenn er zum Zwecke der Erfüllung mit Einwilligung des Gläubigers an einen Anderen leistet (§ 266).

(Marginal notes: bei Anweisung auf Schuld, — Befreiung.)

§ 609.

Anweisung ist keine Zahlung. Die Vorschrift des § 609, welche den allgemein anerkannten Satz „Anweisung ist keine Zahlung“[3]) zum Ausdrucke bringt, folgt aus dem Wesen der modernen Anweisung, welche nur ein Mittel ist, zur Erreichung eines außerhalb ihr liegenden Zweckes eine Leistung herbeizuführen, und dient somit zur Karakterisirung der Anweisung, welche dadurch insbesondere von der datio in

---

[1]) Windscheid § 412 I b Nr. 1; preuß. A. L. R. I 16, §§ 259, 260; Dernburg § 55 Nr. 3; österr. G. B. § 1409; zür. G. B. § 1199; sächs. G. B. § 1335; hess. Entw. Art. 309, bayr. Entw. Art. 728, dresd. Entw. Art. 721. Vergl. Seufferts Archiv I Nr. 56, XIV Nr. 105, XXI Nr. 123, XXII Nr. 41, 224, XXVIII Nr. 130, XXVII Nr. 226.

[2]) S. österr. G. B. § 1409; zür. G. B. § 1199; sächs. G. B. § 1335; hess. Entw. Art. 309, bayr. Entw. Art. 728, 729 Abs. 3, dresd. Entw. Art. 721; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 252, Eccius I § 95 Anm. 32.

[3]) Windscheid § 412 Note 17; Eccius I § 95 A. 17; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 282, 283; sächs. G. B. § 1337; schweiz. Bd. Ges. Art. 407 Abs. 1; hess. Entw. Art. 310, bayr. Entw. Art. 731, dresd. Entw. Art. 722.

solutum (§§ 264 ff.), wie, soweit Anweisung behufs Tilgung einer Verbindlichkeit des Anweisenden gegen den Anweisungsempfänger in Frage steht, von der Schuldübernahme (§§ 314 ff.) abgegrenzt wird[1]). Durch Beifügung des Satzes „auch wenn der Angewiesene die Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger angenommen hat" erhält die Vorschrift die erwünschte weitere Präzisirung.

Damit, daß der Entwurf bestimmt, bei einer Anweisung zu dem Zwecke, um eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu bewirken, gelte die Leistung erst mit dem Empfange der Leistung als bewirkt, ist selbstverständlich nicht gesagt, der Anweisungsempfänger müsse unter allen Umständen von dem Angewiesenen den angewiesenen Gegenstand effektiv erhalten haben. Was als Empfang der Leistung gilt, darüber entscheiden vielmehr die allgemeinen Grundsätze. Hiernach ist z. B., wenn der Anweisungsempfänger und der Angewiesene einen Vertrag schließen, durch welchen bestimmt wird, der Angewiesene solle statt der durch die Annahmeerklärung versprochenen Leistung eine andere bewirken und die Uebernahme der neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt dienen, oder, wenn der Anweisungsempfänger mit dem Angewiesenen die Forderung aus dem Akzepte der Anweisung gegen eine Forderung des Angewiesenen an ihn aufrechnet, die in der Annahmeerklärung versprochene Leistung durch datio in solutum bezw. Kompensation getilgt und damit die angewiesene Leistung „empfangen". Viel zu weit ginge es aber, jeden Vertrag, welcher zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen abgeschlossen wird und durch welchen die in der Annahmeerklärung sich gründende Verpflichtung irgend eine Aenderung erfährt, z. B. einen Stundungsvertrag (bad. L. R. Art. 2010h, preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 289, 290), in gleicher Weise zu beurtheilen (vergl. § 610).

§ 610.

Der Entwurf geht zwar prinzipiell davon aus, daß durch die Anweisung an sich der Anweisungsempfänger nur ermächtigt wird, die angewiesene Leistung bei dem Angewiesenen in eigenem Namen zu erheben (§ 605), und daß in Ansehung der Frage, ob der Anweisungsempfänger verpflichtet sei, die fragliche Leistung zu erheben, das konkrete Rechtsverhältniß zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger maßgebend ist. Es bedarf aber einer Auslegungsregel in letzterer Beziehung für die Fälle, wenn nicht zu ermitteln ist, weshalb, in welcher Veranlassung und zu welchem Zwecke der Anweisende dem Anweisungsempfänger die Anweisung ertheilt hat. Zweifellos giebt es Fälle, in welchen die Passivität des Anweisungsempfängers gerechtfertigt ist, z. B. bei Kreditbriefen oder wenn schenkungshalber angewiesen ist. Im Zweifel aber ist nach der Natur der Dinge und der Erfahrung die Annahme einer gewissen Befolgungspflicht des Anweisungsempfängers gerechtfertigt. Kein Grund liegt

4. Verpflichtung des Empfängers a) zur Leistungsaufforderung;

---

[1]) Sächs. G. B. § 1337; bad. L. R. Art. 2010b, 2010g; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 262—265; österr. G. B. § 1401 (vollständige Anweisung); hess. Entw. Art. 312.

vor, eine solche Verpflichtung des Anweisungsempfängers nur für den Fall zu statuiren, wenn die Anweisung a conto einer Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Anweisenden erfolgte. Der Entwurf bestimmt demgemäß zunächst, daß der Anweisungsempfänger im Zweifel wie ein Beauftragter des Anweisenden verpflichtet sei, den Angewiesenen zu der Leistung aufzufordern. Hieraus folgt, daß der Anweisungsempfänger insoweit für jede Fahrlässigkeit einzustehen hat, aber auch seinen Verpflichtungen genügt, wenn er tempestiv die Leistung von dem Angewiesenen verlangt, vorbehaltlich der in § 611 normirten Anzeigepflicht. Aus der Verweisung auf die Vorschriften über das Mandat erhellt ferner, daß die Verletzung der hier statuirten Befolgungspflicht die Schadensersatzpflicht des Anweisungsempfängers zur Folge hat. Gänzlich ungerechtfertigt wäre, an die Verletzung jener Pflicht den Verlust der Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Anweisenden zu knüpfen[1]).

Verlangen einer Annahmeerklärung; Weiter, als in § 611 geschehen, können die Verpflichtungen des Anweisungsempfängers in der hier fraglichen Beziehung nicht erstreckt werden, da die bloße Hinnahme einer Anweisung auf die Uebernahme einer umfassenderen Verpflichtung nicht schließen läßt. Namentlich muß die Verpflichtung, eine Annahmeerklärung des Angewiesenen zu verlangen, verneint werden. Abgesehen davon, daß der Angewiesene zur Abgabe einer solchen Erklärung nicht verpflichtet wäre, ist es im Verkehre jedenfalls bei einer großen Zahl von Anweisungen keineswegs üblich, die Anweisung dem Angewiesenen zur vorherigen Annahme vorzulegen. Aus dem Wesen der Anweisung und ohne besonderen Anhalt in dem der Anweisung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger läßt sich auch die Verpflichtung des letzteren, den Angewiesenen aus der erfolgten Annahmeerklärung zuvor zu belangen, bevor auf den Anweisenden zurückgegangen werden kann, nicht begründen[2]). Regreß Mangels Honorirung; Die Anweisung an sich begründet übrigens keinen Regreß Mangels Honorirung, sondern es ist diesfalls das zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger bestehende konkrete Rechtsverhältniß maßgebend[3]).

§ 611.

b) zur Anzeige an den Anweisenden Es versteht sich zunächst, daß, wenn die dem Anweisungsempfänger ertheilte Ermächtigung wie ein ihm ertheiltes Mandat wirkt, auch in Ansehung der in § 611 bezeichneten Fälle die Vorschriften über die Verpflichtungen des Mandatars zur Anwendung kommen und genügen (schweiz. Bd. Ges. Art. 408

---

[1]) So Thöl § 328 S. 1080 ff., vergl. mit § 323 S. 1065 ff.; sächs. G. B. § 1337; dagegen preuß. Recht, Eccius I § 95 A. 20, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. III Nr. 28.

[2]) Eine solche Suspendirung der Inanspruchnahme des Anweisenden durch den Assignatar (Sintenis, Civ. R. II § 113 A. 72) statuiren das sächs. G. B. § 1337, das schweiz. Bd. Ges. Art. 407 Abs. 2 (nach dem Vorgange des zür. G. B. § 1203) und der dresd. Entw. Art. 722 Abs. 2.

[3]) Anscheinend anders Dernburg II § 53 Nr. 1. S. Entsch. d. R. O. H. G. XIII Nr. 103.

Abs. 2). Der § 611, welcher im Wesentlichen geltendes Recht reproduzirt[1]), bezieht sich auf Fälle, wo jene Voraussetzung nicht zutrifft, wofern nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung Anderes festgesetzt ist. Die Vorschrift beruht auf der nothwendigen Rücksicht auf die bona fides. Der Anweisende ist zu der Erwartung berechtigt, daß der Anweisungsempfänger ihn im Falle der Nichthonorirung benachrichtigen werde, um ihn zur recht- *α. bei Nichthonorirung,* zeitigen Wahrnehmung seiner Rechte in Stand zu setzen. Dies gilt gleichmäßig im Falle der Weigerung des Angewiesenen, zu leisten, wie bei seiner Weigerung, anzunehmen, obschon der Anweisungsempfänger nicht verpflichtet ist, die Annahmeerklärung zu fordern, und der Angewiesene nicht verpflichtet, diese Erklärung abzugeben. Die Verweigerung der Annahme des Assignaten ist immer eine wichtige Thatsache, von der alsbald Kenntniß zu erlangen der Anweisende großes Interesse hat. Ebenso erfordert die Rücksicht auf die bona *β. bei Nichtgeltendmachung der Anweisung.* fides, daß der Assignatar, wenn er die Anweisung nicht geltend machen kann oder (z. B. bei Ertheilung eines Kreditbriefes) nicht geltend machen will, hiervon zu dem gleichen Behufe den Anweisenden unverzüglich benachrichtigt. Die Versäumung der Benachrichtigungspflicht zieht immer die Verpflichtung des Assignatars nach sich, dem Anweisenden den aus jener Versäumung erwachsenen *Schadensersatzpflicht.* Schaden zu er/ețen, unter der allgemeinen Voraussetzung einer Verschuldung des Anweisungsempfängers; insbesondere ist nach den Verhältnissen des Falles zu beurtheilen, ob der Anweisungsempfänger unverzüglich benachrichtigt hat oder dies zeitiger hätte thun können und müssen (Satz 2). Auch dies ist geltendes Recht.

§ 612.

Ueber das Recht des Anweisungsempfängers, die von ihm angenommene *5. Zurückgabe der Anweisung,* Anweisung dem Anweisenden zurückzugeben, giebt der Entwurf keine Bestimmung. Wirkt die dem Assignatar ertheilte Ermächtigung wie ein Mandat, so finden die Vorschriften über die Kündigung des Mandates zweifellos Anwendung. Anderenfalls hängt es aber von den Umständen des konkreten Falles ab, inwiefern der Assignatar zur beliebigen Rückgabe der Anweisung befugt ist[2]).

In strenger Anlehnung an die Mandatsgrundsätze wird einerseits die *Widerruf.* Zulässigkeit des Widerrufes der Anweisung durch den Anweisenden bis zur Realisirung der Anweisung behauptet, während von anderer Seite angenommen wird, die an sich bestehende Befugniß des Anweisenden zum Widerrufe komme schon mit der Annahmeerklärung des Angewiesenen gegenüber dem Assignatar in Wegfall, weil hierdurch im Sinne der Anweisung der Angewiesene eine selbständige Verpflichtung gegenüber dem Assignatar übernehme. Der Entwurf geht im Anschlusse an das bestehende Recht von der regelmäßigen Wider-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 §§ 280, 283, 284; österr. G. B. § 1405; schweiz. Bd. Ges. Art. 411; hess. Entw. Art. 307, 311, bayr. Entw. Art. 727, dresd. Entw. Art. 723.

[2]) Der bayr. Entw. Art. 730 und der dresd. Entw. Art. 725 legen scheinbar allgemein dem Assignatar das Recht bei, die Anweisung, so lange als sie noch nicht vollzogen ist, dem Assignanten zurückzugeben. Im Uebrigen schweigt die Gesetzgebung zu der Frage.

Unzulässigkeit a) nach Leistung, ruflichkeit der Anweisung aus. Daß ein nach erfolgter Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger erfolgender Widerruf (§ 74) wirkungslos ist, kann nicht bezweifelt werden. Der Anweisende muß eine Leistung gegen sich gelten lassen, welche gemäß des von ihm ertheilten und nicht widerrufenen jussus erfolgt ist. Der Entwurf schließt aber mit dem bestehenden Rechte[1]) und der überwiegenden Praxis den Widerruf auch von nach Annahme, dem Zeitpunkte an aus, wo der Angewiesene die Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger nach Maßgabe des § 607 angenommen hat. Dies liegt in dem durch diese Annahme der Intention des Anweisenden gemäß begründeten selbständigen Schuldverhältnisse zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen, welches durch den Widerruf nicht mehr alterirt werden kann. Der Anweisende muß dieses selbständige Verhältniß auch gegen sich gelten lassen.

b) im Verhältnisse zum Empfänger. Das Widerrufsrecht kann durch das zwischen dem Anweisenden und Anweisungsempfänger bestehende Rechtsverhältniß ausgeschlossen sein. Diese Beschränkung des Widerrufsrechtes, weil lediglich aus dem besonderen Verhältnisse zwischen jenen Personen entspringend, berührt aber den Angewiesenen nicht. Er kann hieraus, wenn der Anweisende trotzdem den Widerruf erklärt, keine Einrede ableiten, hat vielmehr, wenn er nicht schon anweisungsgemäß geleistet oder die Anweisung gemäß § 607 akzeptirt hat, den Widerruf zu beachten, widrigenfalls er auf seine Gefahr leistet (vergl. sächs. G. B. §§ 1330, 1331; schweiz. Bd. Ges. Art. 412; bayr. Entw. Art. 724; bad. L. R. §§ 2010 f.). Unter Verzicht auf den Versuch, die Fälle, in welchen dem Anweisungsempfänger gegen den Anweisenden ein Recht auf die Anweisung zukommen und demgemäß der Widerruf dem Anweisungsempfänger gegenüber ausgeschlossen sein soll, zu fixiren[2]), beschränkt sich der Entwurf darauf, dem Widerrufsrechte des Anweisenden gegenüber die entgegenstehenden Rechte des Anweisungsempfängers aus dem zwischen ihm und dem Anweisenden bestehenden Rechtsverhältnisse bezw. dem aus der Verletzung dieser Rechte entstehenden Schadensersatzanspruche zu wahren[3]).

§ 613.

6. Tod eines Betheiligten. Die Vorschrift des § 613 macht Front gegen die auf dem Boden des gemeinen Rechtes im Anschlusse an Mandatsgrundsätze herrschende und auf der Unterstellung, daß die Anweisung ein Doppelmandat enthalte, beruhende Auffassung, daß, abgesehen von der kaufmännischen Anweisung, die Anweisung durch den Tod des Anweisenden, des Anweisungsempfängers oder des Angewiesenen erlösche[4]). Es könnte sich um die Erlöschung der Anweisung

---

[1]) Windscheid § 412 Note 16; preuß. A. L. R. I, 16 § 275; bad. L. R. Art. 2010 f.; sächs. G. B. § 1330; schweiz. Bd. Ges. Art. 412; bayr. Entw. Art. 724, dresd. Entw. Art. 724. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXII Nr. 31, des R. G. in Civils. XI Nr. 26, Seufferts Archiv XXI Nr. 232.

[2]) Solche Versuche haben gemacht das sächs. G. B. § 1331, das schweiz. Bd. Ges. Art. 412 Abs. 2, der bayr. Entw. und der dresd. Entw. a. d. a. O.

[3]) Ebenso bad. L. R. Art. 2010 f.

[4]) Vergl. Thöl S. 321, S. 1062; H. G. B. Art. 297.

durch den Tod eines der Betheiligten jedenfalls nur in Ansehung der nicht (gemäß § 607) akzeptirten Anweisungen handeln, bezüglich deren noch nicht ein selbständiges Schuldverhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen begründet ist (sächs. G. B. § 1330 Satz 2). Ein Grund, dem durch das Akzept begründeten selbständigen Schuldverhältnisse die aktive und passive Vererblichkeit abzusprechen, läge keinesfalls vor. Hinsichtlich nicht akzeptirter Anweisungen spricht für die Irrelevanz des Todes eines der Betheiligten auf den Fortbestand der Anweisung, davon abgesehen, daß es sich hier immer oder meist nicht um eine Sache des persönlichen Vertrauens, sondern um rein vermögensrechtliche Leistungen handelt (bayr. Mot. S. 221 ff.), und davon, daß der Grund der gemeinrechtlichen Auffassung — nämlich die Unterstellung eines Doppelmandates — für den Entwurf nicht zutrifft (vergl. überdies § 599), die Konsequenz aus den entsprechenden Vorschriften des Entwurfes bei der Offerte (§ 89), sowie die Rücksicht auf die Einheit des Rechtes, nachdem für den kaufmännischen Verkehr der Grundsatz der Nichterlöschung der Anweisung durch den Tod längst Anerkennung gefunden hat[1]). Von demselben Ausgangspunkte, dem Mandate, aus wird angenommen, daß mit dem Verluste der Geschäftsfähigkeit des Anweisenden die Anweisung erlösche (vergl. aber § 600). Auch diesfalls müßte der Fall ausscheiden, wenn durch das Akzept der Anweisung ein selbständiges Schuldverhältniß zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen begründet worden. Aber selbst der vor der Annahme und Zahlung eintretenden Geschäftsunfähigkeit des Assignanten ist ein Einfluß auf den Fortbestand der Anweisung nicht zuzugestehen. Die Anweisung ist mit deren Ertheilung abgeschlossen. Die Analogie der Vorschrift des § 89 trifft auch hier zu. Es besteht jedoch kein Grund, des Eintrittes der Geschäftsunfähigkeit nur bei dem Anweisenden zu gedenken[2]). Geschäftsunfähigkeit, wenn sie nach der Ertheilung der Anweisung auf Seite des Anweisungsempfängers oder des Angewiesenen eintritt, ist auf den Bestand der Anweisung gleichfalls wirkungslos. Der Entwurf bestimmt demgemäß allgemein, daß die Anweisung nicht durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Anweisenden, des Angewiesenen oder des Anweisungsempfängers erlösche; und zwar gilt dies auch dann, wenn der eine oder andere jussus wie ein Auftrag wirkt.

Eintritt der Geschäftsunfähigkeit.

Der Entwurf enthält sich, abgesehen von dem Falle, wenn in concreto für die Beurtheilung des durch die Anweisung begründeten Verhältnisses die Mandatsgrundsätze (vergl. § 602) maßgebend sind, einer Bestimmung über die Einwirkung, welche die Konkurseröffnung auf die aus der Anweisung entspringenden Rechtsverhältnisse äußert, sei es, daß der Anweisende, der Anweisungsempfänger oder der Angewiesene, vor oder nach der Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen, in Konkurs geräth. Es ist diesfalls die dem Entwurf gebotene Stellung zu den das materielle Konkursrecht betreffenden Rechtsnormen der Konk. O. maßgebend (vergl. zu § 602). Das Wesen

Konkurseröffnung.

---

1) Ebenso der bayr. Entw. Art. 732 und der dresd. Entw. Art. 726.

2) Vergl. bayr. und dresd. Entw. a. d. a. O.

der Anweisung und die Beschaffenheit der aus ihr entstehenden Rechtsverhältnisse bieten auch keine besonderen Gründe, wie solche nach § 20 der Konk. O. ein Eingreifen des bürgerlichen Gesetzbuches in das materielle Konkursrecht in der erwähnten Richtung rechtfertigen würden. Es könnte auch zu nichts führen, zu prüfen, wie der Konkurs nach den Normen der Konk. O. auf die Rechtsverhältnisse aus einer Anweisung bei der Unterstellung dieses oder jenes Falles wirkt. Das richtige Ergebniß einer derartigen Prüfung wäre abhängig vom richtigen Verständnisse der einschlagenden Vorschriften der Konk. O., welches nur auf dem mindestens vorläufig verschlossenen legislativen Wege verbürgt werden kann[1]).

7. Uebertragung der Anweisung. Auch Vorschriften über die Uebertragung der Anweisungen von Seiten des Anweisungsempfängers sind entbehrlich, bezw. es können solche nicht gegeben werden. Erfolgt die Uebertragung, nachdem die Anweisung von dem Angewiesenen Jenem gegenüber angenommen worden, so liegt eine gewöhnliche Zession der aus der Annahmeerklärung dem Empfänger gegen den Angewiesenen erwachsenen Rechte vor. Es kommt aber auch der Fall der Uebertragung einer noch nicht akzeptirten Anweisung in Betracht. Diesfalls verbietet sich die Annahme einer Zession, weil keine Rechte vorhanden sind, welche als Gegenstand der Abtretung sich betrachten ließen (vergl. § 293, §§ 605, 612). Allgemeine Regeln aber, wie das fragliche Geschäft zu beurtheilen, lassen sich nicht aufstellen, weil die richtige Beurtheilung von den konkreten Umständen abhängt. Ist gegen Entgelt abgetreten, so wird meist oder doch in vielen Fällen die Annahme gerechtfertigt sein, entweder der Anweisungsempfänger habe dem Erwerber die Leistung von Seiten des Angewiesenen zugesichert und für den Eingang derselben die Garantie übernommen, oder der Erwerber habe zu der Gegenleistung unter der Voraussetzung des künftigen Einganges der Leistung sich verstanden, so daß bei Nichterfüllung dieser Voraussetzung die Grundsätze über die condictio ob rem (§§ 742 ff.) zur Anwendung gelangen[2]). In Betracht kommt aber auch noch die weitere Frage, ob der Anweisungsempfänger dem Anweisenden gegenüber zur weiteren Uebertragung der Anweisung befugt ist und ob der Angewiesene, welcher eine solche Uebertragung berücksichtigt, sich dem Anweisenden gegenüber verantwortlich macht, bezw. seine Ersatzansprüche gegen denselben einbüßt. Auch hierauf läßt sich eine allgemeine Antwort nicht geben. In den meisten Fällen mag in dieser Richtung die Annahme begründet sein, der zur Erhebung im eigenen Namen berechtigte Anweisungsempfänger sei auch befugt, sowohl die Leistung bei dem Angewiesenen durch einen Bevollmächtigten, als auch im Wege der weiteren Uebertragung, d. i. einer zweiten Anweisung,

---

[1]) Das schweiz. Bd. Ges. Art. 412 (vergl. Art. 403) bestimmt: „Wird über den Anweisenden der Konkurs eröffnet, so gilt die Anweisung als widerrufen“ (vorausgesetzt, daß nicht durch das Akzept der Anweisung ein selbständiges Schuldverhältniß zwischen Anweisungsempfänger und Angewiesenen begründet worden, Schneider und Fick S. 299).

[2]) Der bayr. Entwurf, welcher allein eine einschlägige Bestimmung enthält, erklärt den Assignatar zur Zession der Anweisung berechtigt, und bei entgeltlicher Zession für verpflichtet, dem Zessionar für das Akzept des Zahlungsauftrages durch den Assignaten einzustehen.

durch den von ihm ermächtigten Empfänger der zweiten Anweisung zu erheben. Indessen je nach Umständen kann es sich auch anders verhalten und dem Empfänger die weitere Uebertragung versagt und dem Angewiesenen die Berücksichtigung einer Uebertragung ausdrücklich oder stillschweigend von dem Anweisenden verboten sein. Jedenfalls ist in der bloßen Uebertragung der Anweisung die Abtretung der dem Anweisungsempfänger dem Anweisenden gegenüber zustehenden Rechte nicht zu finden und kann von dem sogenannten springenden Regresse diesfalls keine Rede sein.

Elfter Titel.

Hinterlegungsvertrag[1]).

§§ 614, 615.

Der Entwurf behandelt den Hinterlegungsvertrag als selbständigen Vertrag. Die Frage, ob der Hinterlegungsvertrag juristisch sich nur als Unterfall des Mandates darstelle, gehört wegen ihrer im Wesentlichen nur theoretischen Bedeutung an sich der Wissenschaft an. Selbst bei entsprechender Auffassung wäre doch wegen der Eigenthümlichkeit des Verhältnisses eine nicht geringe Zahl von speziellen Vorschriften erforderlich, wie verschiedene Vorschriften über das Mandat als zur Anwendung nicht oder nicht ganz geeignet oder als gegenstandslos auszuscheiden wären. Jedenfalls wird das Gesetz verständlicher und praktischer, wenn der seitherigen Behandlung im gesammten geltenden Rechte gemäß die Vorschriften über den Hinterlegungsvertrag in einem besonderen Titel zusammengefaßt werden. 1. Verhältniß zum Mandate.

Wie für den Darlehensvertrag (§ 453) und für den Leihvertrag (§ 549) und im Wesentlichen aus den gleichen Gründen, wie dort, ist eine Fassung, welche den Hinterlegungsvertrag als Konsensualvertrag bezeichnete, abgelehnt[2]). 2. Rechtl. Natur.

---

[1]) Terminologie: preuß. A. L. R. I, 14 §§ 9 ff.: „Verwahrungsvertrag, Niederleger, Verwahrer"; österr. G. B. §§ 957 ff.: „Verwahrungsvertrag, Hinterleger, Verwahrer"; code civil Art. 1915 ff.: „dépôt volontaire, déposant, dépositaire"; schweiz. Bd. Ges. Art. 475 ff.: „Hinterlegungsvertrag (Depositum), Hinterleger (Deponent), Aufbewahrer (Depositar); sächs. G. B. §§ 1260 ff. und dresd. Entw. wie der vorliegende Entwurf; Windscheid §§ 377 ff.; Dig. 16, 3, Cod. 4, 34: depositi vel contra.

[2]) Der Hinterlegungsvertrag wird als Realvertrag aufgefaßt: im röm. und gemeinen Rechte, Windscheid § 377 Note 3, § 3 Inst. 3, 14, Entsch. d. R. G. in Civils. XII Nr. 20, im preuß. A. L. R. I, 14 §§ 9, 10, Eccius II § 139, Dernburg II § 211, Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 139 S. 392 (dagegen Entsch. des vorm. R. O. H. G. IX S. 24), im österr. G. B. § 957, code civil Art. 1919, 1921, sächs. G. B. § 1260 1261; im hess. Entw. IV, 2 Art. 321, bayr. Entw. Art. 659, zür. G. B. § 1137; als Konsensualvertrag im schweiz. Bd. Ges. Art. 475 und dresd. Entw. Art. 732.

Es kommt hierbei besonders in Betracht, daß die Rechtsnormen, welche für den Hinterlegungsvertrag aufzustellen sind, fast ausnahmslos die bereits erfolgte Auslieferung der zu verwahrenden Sache an den Verwahrer zur Voraussetzung haben, und daß eine Verpflichtung zur Auslieferung an denjenigen, welcher die Aufbewahrung versprochen hat, durch den vorausgegangenen Konsensualvertrag nicht begründet wird. Daß der letztere aus einem derartigen Vertrage die Hinterlegung nicht verlangen kann, ist, aus dem Wesen und Zwecke dieses Vertrages folgend (vergl. § 624), eben so selbstverständlich, als daß andererseits der Konsensualvertrag (das pactum de deponendo) für den (künftigen) Verwahrer verpflichtend ist, wobei jedoch in Frage kommen kann, ob der Verwahrer in concreto, wenn ihm ein wichtiger nach den Umständen anzuerkennender Grund zur Seite steht (§ 625), die Uebernahme der Sache ablehnen kann[1]). Hat bei vorausgegangenem Konsensualvertrage derjenige, welcher die Aufbewahrung versprochen hat, in Erwartung der in der That nicht erfolgten Hinterlegung Aufwand gemacht, so kann er von dem anderen Kontrahenten, obwohl dieser zur Hinterlegung nicht verpflichtet ist, zweifellos gleichwohl Ersatz verlangen; die entsprechende Verpflichtung des letzteren wird sich meist schon aus einer anzunehmenden stillschweigenden Zusicherung (§ 359, § 621) ergeben, oder aus einem in dem Vertrage enthaltenen Verwahrungsauftrage. Eine besondere Bestimmung in dieser Richtung ist überflüssig[2]).

Realvertrag.

Pactum de deponendo.

3. Inhalt: Aufbewahrung.

Ein Hinterlegungsvertrag liegt nur dann vor, wenn die Aufbewahrung einer hinterlegten Sache ausschließlich oder hauptsächlich den Gegenstand des Vertrages bildet (§ 614). Ist die vertragsmäßige Verpflichtung zur Aufbewahrung die rechtliche Folge eines dem Verwahrungspflichtigen eingeräumten, das Wesen des Vertrages bestimmenden Rechtes (z. B. bei dem Leihvertrage) oder steht sie im rechtlichen Zusammenhange mit einer anderen Verbindlichkeit, welche der Verwahrungspflichtige übernommen hat und die als Hauptverbindlichkeit den juristischen Karakter des Vertrages bestimmt (wie z. B. bei dem Dienstvertrage oder dem Werkvertrage), so bleibt die Annahme eines Hinterlegungsvertrages ausgeschlossen. Dies auszusprechen (sächs. G. B. § 1262, dresd. Entw. Art. 749), ist entbehrlich und wäre bedenklich, weil es sich um einen allgemeinen rechtswissenschaftlichen, der Sanktion durch das Gesetz nicht bedürfenden Grundsatz handelt, welcher durch einen derartigen speziellen Ausspruch nur verdunkelt würde. Daneben kommen aber auch wirkliche Hinterlegungsverträge als einem Hauptvertrage (z. B. einem Kaufvertrage) hinzugefügte Nebenverträge im Verkehre mannigfach vor[3]).

4. Gegenstand: bewegliche Sachen.

Gegenstand des Hinterlegungsvertrages kann nur eine bewegliche Sache sein (§ 614)[4]). Wird eine unbewegliche Sache nicht zur Verwaltung über-

---

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 1261, dresd. Entw. Art. 734, Eccius II § 139 S. 382, Dernburg II § 211.

[2]) Vergl. sächs. G. B., dresd. Entw. a. d. a. O.

[3]) Vergl. Dernburg § 211 Noten 3, 4.

[4]) Ebenso gemeines Recht (Windscheid § 377 Note 4), code civil Art. 1918, sächs. G. B. § 1260, zür. G. B. § 1137, schweiz. Bd. Ges. Art. 475, hess. Entw. Art. 321, bayr. Entw. Art. 659, dresd. Entw. Art. 732. Anders nach preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 90, 91, österr. G. B. § 960.

geben, sondern nur einem Hüter anvertraut, so wird der betreffende Vertrag bald als Dienstvertrag, bald als ein gewöhnlicher Auftragsvertrag aufzufassen sein[1]). — Aus ähnlichen Gründen, wie in Ansehung des Miethvertrages, giebt der Entwurf keine Entscheidung über das im Falle der Hinterlegung einer dem Verwahrer eigenthümlich gehörenden Sache entstehende Rechtsverhältniß.

Durch den Hinterlegungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, die ihm übergebene bewegliche Sache aufzubewahren und dem Hinterleger in der Folge zurückzugeben (§§ 614, 619, 620, 624; dagegen § 618). In der aus dem Hinterlegungsvertrage entspringenden Aufbewahrungspflicht ist nach der heutigen Auffassung vom Wesen und Zwecke dieses Vertrages die Verpflichtung zur Obhut (custodia) inbegriffen, also zu einer obligatorischen Leistung, ohne daß der Verwahrer sich hierzu ausdrücklich verbindlich zu machen braucht. Kein Hinterlegungsvertrag, sondern ein besonderer, der Regelung nicht bedürfender Vertrag wäre es, wenn nur die Verpflichtung übernommen würde, das Sichbefinden einer fremden Sache an dem der ausschließlichen Verfügung des Gestattenden unterliegenden Orte ohne Uebernahme irgend welcher Obhut zu dulden[2]). Eine besondere Erhaltungspflicht, auf welche das sächs. G. B. § 1264 hinweist, besteht nur unter besonderen Umständen und folgt, soweit sie eintritt, schon aus der Pflicht zur Aufbewahrung (§ 359). — 5. Verpflichtungen des Verwahrers.

Die Unentgeltlichkeit der Verwahrung ist zwar nach röm. Rechte, nicht jedoch in der Gegenwart ein wesentliches Erforderniß des Hinterlegungsvertrages, was § 615 im Anschlusse an die entsprechende Bestimmung für das Mandat (§ 586) zum Ausdrucke bringt. In ähnlicher Weise sprechen sich die modernen Gesetze über die Frage aus. Auch für das franz. Recht wird, obwohl der code civil den Hinterlegungsvertrag im eigentlichen Sinne als einen wesentlich unentgeltlichen bezeichnet, angenommen, daß das depositum durch Entgeltlichkeit seine Natur nicht verliere[3]). — Vergütung für Aufbewahrung.

Der Depositar als solcher haftet nach röm. Rechte nur für dolus und culpa lata, außer die Hinterlegung wäre in seinem Interesse geschehen oder er hätte sich zugedrängt oder strengere Haftung versprochen[4]). Nach dem Vorgange — Haftung des Verwahrers für Fahrlässigkeit.

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 91, Eccius II S. 282; österr. G. B. § 960 Satz 2.

[2]) Vergl. § 1156 Abs. 1; ebenso preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 9, 11, Entsch. d. R. O. H. G. IV Nr. 19, Eccius II S. 228 ff., österr. G. B. §§ 961, 958, code civil Art. 1927, sächs. G. B. §§ 1260, 1264, schweiz. Bd. Ges. Art. 475, hess. Entw. Art. 323, bayr. Entw. Art. 661, dresd. Entw. Art. 732, 735. Dagegen für das röm. Recht Windscheid § 377 Noten 1, 2.

[3]) Vergl. Windscheid § 377 Note 2; dagegen preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 9, 17, 48, 76, R. O. H. G. IV Nr. 19, österr. G. B. §§ 957, 969, schweiz. Bd. Ges. Art. 475 Abs. 2, hess. Entw. Art. 322, bayr. Entw. Art. 660, dresd. Entw. Art. 733; württemb. L. R. II, 3 § 2, zür. G. B. § 1153. Vorsichtiger noch das sächs. G. B. §§ 1260, 1263, code civil Art. 1917 (vergl. aber Art. 1928 und Zachariä II § 401 Anm. 1).

[4]) Vergl. Windscheid § 378 Noten 5—8a, § 265 Nr. 2, Sintenis, Civ. R. II § 112 A. 20, 21.

des röm. Rechtes ist auch im modernen Rechte fast durchweg eine mildere Haftung des Depositars statuirt, entweder nur für diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, oder nur für grobe Fahrlässigkeit, meist mit Modifikationen für die bezeichneten gemeinrechtlichen Ausnahmefälle[1]). Der Entwurf weicht hiervon ab: der Verwahrer hat, abgesehen von besonderer Vereinbarung, in allen Fällen jede Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 224 Abs. 1, § 225, § 144 Abs. 1). Für Fälle, wo der Verwahrer sich eine Vergütung ausbedungen, kann diese Bestimmung, zumal sie insoweit im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte übereinstimmt, keinerlei Bedenken unterliegen. In Ansehung der unentgeltlichen Uebernahme der Verpflichtung zur Verwahrung kann auf das röm. Recht nicht zurückgegriffen werden. Dessen Entscheidung erklärt sich aus der rechtsgeschichtlichen Entwickelung des Vertragsrechtes, ist in der modernen Gesetzgebung für weite Gebiete aufgegeben und in der Gegenwart nicht mehr zu halten. Wer in der jetzigen Zeit einem Anderen sein Gut zur Aufbewahrung anvertraut, erwartet, daß dieser sich nicht überwiegend nur leidend verhalte (§ 614), sondern daß er bei der Aufbewahrung eine gewisse Sorgfalt anwende, und zwar nicht blos eine solche, deren Verletzung den Vorwurf grober Fahrlässigkeit begründete, wie hinsichtlich des beiderseitigen Parteiwillens namentlich in solchen Fällen überzeugend hervortritt, in welchen werthvolles Gut, z. B. eine erhebliche Summe Geldes, zur Verwahrung anvertraut wird. In Frage konnte nur kommen, ob die Pflicht des Verwahrers nicht auf Beobachtung der Sorgfalt zu beschränken ist, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (preuß. und franz. Recht). Auf die Unentgeltlichkeit der Aufbewahrung oder den Umstand, daß der Verwahrer nur

---

[1]) Haftung für diligentia quam in suis als Regel nach preuß. A. L. R. a. a. O. § 11 (jedenfalls für culpa lata § 12), code civil Art. 1927, hess. Entw. Art. 323. Regelhaftung für culpa lata im sächs. G. B. §§ 1266, 728, bayr. Entw. Art. 661, dresd. Entw. Art. 735, 228; ebenso zür. G. B. §§ 1138, 1139, württemb. L. R. II, 3 § 1. Modifikationen nach den gemeinrechtlichen Ausnahmefällen: preuß. A. L. R. §§ 17, 18 (Haftung für mäßiges Versehen, wenn Depositar eine Vergütung erhält oder sich aufgedrängt hat), code civil Art. 1928 (strengere Haftung in den drei Ausnahmefällen und im Falle einer Vergütung); Haftung für culpa levis im Falle bedungener Vergütung nach sächs. G. B. § 729 (Siebenhaar II S. 50, 300), hess. Entw. Art. 323 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 735, 229, württemb. L. R. II, 3 § 2 (Haftung für diligentia quam in suis, wenn Depositar Vergütung erhält, sich aufgedrängt hat oder die Hinterlegung ihm zu gut geschehen ist). Nach dem schweiz. Bd. Ges. kommt dessen Bestimmung (Art. 113) in Betracht, wonach der Schuldner im Allgemeinen für jede Fahrlässigkeit haftet, diese Haftung aber je nach der besonderen Natur des Geschäftes eine mehr oder minder ausgedehnte ist, insbesondere milder beurtheilt wird, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vortheil bezweckt. Nur das österr. G. B. läßt nach seinem prinzipiellen Standpunkte (§ 964, § 1295) den Depositar für jedes Verschulden haften. — Ueber das depositum miserabile (Sintenis II § 112 A. 29) enthalten nur das preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 43, 58 und der code civil Art. 1949—1951 besondere Bestimmungen in Ansehung des vom Depositar zu vertretenden Versehens bezw. (code civil) der zulässigen Beweismittel (vergl. württemb. L. R. II, 3 § 16 verglichen mit Ges. v. 5. September 1839 § 22). Der Entwurf enthält sich mit der übrigen modernen Gesetzgebung besonderer Bestimmungen.

eine Gefälligkeit erweist, kann diesfalls kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Die Rücksicht auf die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistung ist bei Bestimmung der Haftung des Schuldners (§ 224) prinzipiell als nicht maßgebend verworfen. Auch für das Mandat mußte die Rücksicht auf jene Umstände zurücktreten gegenüber der Erwägung, daß fremdes Gut anvertraut worden ist. Mag auch in vielen Fällen die Parteiintention bei dem depositum nur auf die Haftung für die diligentia quam in suis gerichtet erscheinen, so sprechen doch schwerwiegende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit gegen die Aufstellung einer entsprechenden Regel. Wenn nämlich auch der Hinterlegungsvertrag besonders normirt wird, selbst wenn man ihn seinem juristischen Wesen nach als von dem Mandate verschieden auffaßt, so sind doch die Fälle äußerst zahlreich, in denen die Entscheidung, ob ein Hinterlegungsvertrag oder ein Auftragsvertrag vorliegt, sehr schwierig ist. Durch Festhaltung an der Regel (§ 224) gewinnt also nicht nur das Gesetzbuch an wünschenswerther Einfachheit, sondern auch die Rechtssicherheit in erheblichem Maße und wird andererseits das Anstößige vermieden, was darin läge, daß derjenige, welcher sich aus Gefälligkeit erbietet und verpflichtet, eine Sache unentgeltlich nach einem nahen dritten Orte zu schaffen, für jede Fahrlässigkeit einzustehen hätte, nicht aber auch derjenige, welcher sich bereit finden läßt, dieselbe Sache auf kurze Zeit zu verwahren. Eine Berechtigung der Beschränkung der Haftung auf diligentia quam in suis ist überhaupt nur für Gesellschafts- und für gewisse familienrechtliche Verhältnisse anzuerkennen; hierfür und nur insoweit erkennt sie auch der Entwurf an[1]). — In Ansehung der Haftung der Erben des Verwahrers ist eine besondere Vorschrift entbehrlich. Die dem röm. Rechte nachgebildete Spezialbestimmung mehrerer Gesetze, daß die Erben, welche in unverschuldeter Nichtkenntniß des Hinterlegungsverhältnisses bezw. in der Meinung, die hinterlegte Sache gehöre zum Nachlasse, dieselbe veräußerten, nur für den Erlös haften, ist durch die Vorschrift der §§ 237, 238, 241 gedeckt[2]). Haftung der Erben.

In der bestehenden Gesetzgebung finden sich zum Theil besondere Bestimmungen für den Fall, daß dem Verwahrer die hinterlegten Sachen verschlossen oder versiegelt übergeben worden und der Verschluß oder das Siegel in der Folge als verletzt, die hinterlegten Sachen aber als beschädigt sich vorfinden. Für solche ohnehin kasuistische Bestimmungen, welche auf Beweiserleichterungen für den Hinterleger zum Nachtheile des Depositars hinauslaufen, ist neben den Vorschriften der C. P. O. (§§ 261, 262) weder Bedürfniß noch Raum[3]). Ebensowenig ist eine besondere Bestimmung über die Beweislast im Falle des Streites, ob der Untergang oder die Beschädigung der Sache in einer Fahrlässigkeit des Verwahrers sich gründe, erforderlich (vergl. § 239). Hinterlegung verschlossener oder versiegelter Sachen.

---

[1]) Vergl. §§ 633, 1279, 1317; dagegen z. B. §§ 1503, 1696.

[2]) L. 1 § 47 D. depositi 16, 3; hess. Entw. Art. 334; code civil Art. 1935; preuß. A. L. R. I, 14 § 62, woselbst dem Hinterleger der Nachweis, daß die Sache zur Zeit der Niederlegung mehr werth gewesen sei, nachgelassen ist.

[3]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 26—34; code civil Art. 1931; österr. G. B. § 966; hess. Entw. Art. 324, bayr. Entw. Art. 663; vergl. württemb. L. R. a. a. O. §§ 12—14, zür. G. B. § 1141, Sintenis II § 112 A. 18.

Haftung bei gemeinschaftlicher Gefahr.

Die alte gemeinrechtliche Streitfrage, ob und inwiefern der Depositar hafte, welcher bei einer seine eigene und die deponirte Sache gemeinschaftlich bedrohenden Gefahr seine eigene Sache rette und darüber die Rettung der deponirten Sache unterlasse, hat der neueren Gesetzgebung gleichfalls zu besonderen Bestimmungen Anlaß gegeben[1]). Die Frage ist eine allgemeinere für alle Verhältnisse, wo Jemand zwei Sachen besitzt, eine ihm und eine einem Anderen gehörende oder gebührende, und er für die Erhaltung der letzteren aus einem Vertragsverhältnisse (z. B. Kommodat) oder aus einem sonstigen rechtlichen Grunde zu sorgen hat, und nun beide von einer gemeinsamen Gefahr dergestalt bedroht werden, daß nur die eine Sache gerettet werden kann. Das Gesetz hat diese Frage nicht zu entscheiden, ihre Lösung vielmehr der Judikatur und der Wissenschaft zu überlassen. In gleichem Sinne wurde die auch für das Kommodat bestehende Streitfrage unentschieden gelassen. Bedenklich ist jedenfalls die Entscheidung, wonach stets die eigene Sache, ohne Haftung für die deponirte Sache, gerettet werden dürfe. Hierin läge eine ungebührliche Abschwächung der Verwahrungspflicht, ein Zurückfallen in die ältere römischrechtliche Voraussetzung, die Verwahrungspflicht bestehe überwiegend nur in einem negativen Verhalten, oder in der Auffassung, der Verwahrer hafte nur für culpa lata.

§ 616.

c. Substitution.

Nach gemeinem Rechte ist beim depositum für die Regel die Substitutionsbefugniß in der Weise, daß der Depositar für den Substituten nicht schlechthin haftet, gestattet[2]). Das preuß. A. L. R. schweigt in dieser Richtung. Die preuß. Praxis läßt den Depositar zur Substitution nur in gleichem Maße, wie zu einer Veränderung der Art und des Ortes der Verwahrung (in Nothfällen), zu (A. L. R. a. a. O. §§ 13 ff.)[3]). Das sächs. G. B. § 1265 gestattet dem Verwahrer die Substitution, außer dem Falle der Ermächtigung seitens des Hinterlegers, nur dann, wenn ihm die Aufbewahrung für die Zukunft unmöglich wird und er dem Hinterleger die Sache zurückzugeben nicht im Stande ist, der dresd. Entw. (Art. 736), abgesehen von einer Ermächtigung, allgemein in Nothfällen. Dies ist auch der Standpunkt des österr. G. B. § 965 und des bayr. Entw. (Art. 666); freier ist derjenige des hess. Entw. Art. 327.

Unzulässigkeit derselben.

Die hiernach von der Gesetzgebung nicht gleichmäßig beantwortete und vom theoretischen, wie legislativen Standpunkte nicht zweifellose Frage bedarf auch gegenüber der Vorschrift des § 226 hier, wie beim Mandate (§ 588), der Entscheidung. Aehnlich, wie das Mandat, beruht der Hinterlegungsvertrag regelmäßig auf einem dem Verwahrer geschenkten besonderen Vertrauen. Ihm,

---

1) Preuß. A. L. R. I, 14 §§ 20—23; sächs. G. B. § 1266; hess. Entw. Art. 323 Abs. 2, 3, bayr. Entw. Art. 662, dresd. Entw. Art. 735.

2) Goldschmidt in der Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 302, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XX Nr. 59 S. 204.

3) Dernburg § 212 Note 4, Entsch. d. R. O. H. G. IV Nr. 19 S. 96. Auch der code civil und das schweiz. Bd. Ges. enthalten keine besondere Bestimmung über die Frage der Substitutionsbefugniß des Depositars.

wie dem Mandatar, muß deshalb die Substitution versagt sein, wenn ihm die Substitutionsbefugniß nicht eingeräumt ist. Durch die Fassung der Auslegungsregel wird die Substitutionsbefugniß in Nothfällen nicht hervorgehoben. Aehnlich, wie bei dem Mandate, hängt es nämlich von den Umständen ab, ob der Verwahrer, wenn er außer Stand gesetzt wird, die hinterlegte Sache in eigener Verwahrung zu behalten, einen Substituten bestellen darf, oder vielmehr dem Hinterleger zeitig Anzeige zu erstatten und ihm die Entscheidung zu überlassen hat, die Sache zurückzufordern oder einen anderen Verwahrer zu wählen. Der Verwahrer wird übrigens, wie der Mandatar in gleicher Lage (§ 589), durch die befugte Substitution, abgesehen von einer culpa in eligendo, nicht unter jeden Umständen von allen Verpflichtungen aus dem Hinterlegungsvertrage befreit, vielmehr nicht nur zu der nach Lage der Sache nöthigen Informirung des Substituten, sondern auch zu einer gewissen, obschon nur unter besonderen Voraussetzungen (z. B. wenn der neue Verwahrer zahlungsunfähig wird) erheblich werdenden Ueberwachung des neuen Verwahrers verpflichtet. Haftung bei befugter,

Die Folgen, welche sich an die unbefugter Weise erfolgte Bestellung eines Substituten knüpfen, brauchen hier so wenig, als beim Mandate, bestimmt zu werden. In der unbefugten Substitution liegt hier wie dort eine Pflichtverletzung, für deren Folgen der Depositar voll aufzukommen hat. Dieselbe Beurtheilung tritt ein bei unbefugter Zuziehung eines Gehülfen. Für den Fall befugter Zuziehung eines Gehülfen empfiehlt sich hier, wie bei dem Mandate (§ 589), die Bestimmung, daß die Vorschrift des § 224 Abs. 2 Anwendung finde. Ob die Zuziehung eines Gehülfen gestattet ist, beantwortet sich nach den konkreten Umständen. Es versteht sich auch hier, daß die nach der Verkehrssitte und den gewöhnlichen Lebensverhältnissen übliche oder kaum zu vermeidende Zuziehung eines Gehülfen als stillschweigend vereinbart zu gelten hat. bei unbefugter Substitution. Zuziehung von Gehülfen.

Endlich liegt hier so wenig, als bei dem Mandate, ein Anlaß vor, in Ausnahme von der prinzipiellen Stellung des Entwurfes, zu Gunsten des Hinterlegers den von Rechtswegen eintretenden Uebergang der Ansprüche des Verwahrers gegen den Substituten auf den Hinterleger vorzuschreiben[1]).

§ 617.

Der Entwurf setzt die Voraussetzungen, unter welchen der Verwahrer von der bestimmten Art der Aufbewahrung abweichen darf, sowie die daran sich knüpfende Anzeigepflicht des Verwahrers bei der unverkennbaren Aehnlichkeit der Verhältnisse in gleicher Weise fest, wie für das Mandat in § 590. Da jedoch eine weit umgrenztere Leistung als bei dem Mandate Gegenstand des Vertrages ist, so ist die Vorschrift auf eine Abweichung von der vereinbarten Aufbewahrungsart zu richten. Der Hinterleger darf nachträglich dem Verwahrer nicht beliebige Anweisungen über die Art der Aufbewahrung 7. Abweichung von der vereinbarten Art der Aufbewahrung.

[1]) Vergl. hess. Entw. Art. 327 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 666 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 736.

ertheilen. Derartige, im Hinterlegungsvertrage nicht vorgesehene Anweisungen ist der Verwahrer zu befolgen nicht verpflichtet, auch wenn die Verwahrung weiter fortdauerte, während der Mandatar die Besorgung des aufgetragenen Geschäftes gegen die Anweisung des Auftraggebers nicht fortsetzen darf (s. zu § 590). Die Bestimmung des zweiten Satzes entspricht auch dem preuß. A. L. R. a. a. O. § 16. Daß eine ungerechtfertigte Abweichung von der vereinbarten Aufbewahrungsart unzulässig ist, sowie, daß in einer solchen eigenmächtigen Abweichung ebenso, wie in unbefugter Substitution, eine Verletzung der Vertragspflichten läge (preuß. A. L. R. a. a. O. § 14)[1]), versteht sich von selbst.

Gebrauch der hinterlegten Sachen.

In dem geltenden Rechte ist vielfach dem Verwahrer der unbefugte (nicht gestattete) Gebrauch der hinterlegten Sache besonders untersagt und die Schadensersatzpflicht des Verwahrers im Falle seiner Benutzung der Sache normirt[2]). Solche Bestimmungen sind überflüssig. Die Unzulässigkeit des Gebrauches, soweit derselbe nicht zur Erhaltung der Sache nöthig ist (z. B. Ausreiten eines Pferdes, damit es nicht steif wird), ist selbstverständlich, weil das Recht, eine fremde Sache zu gebrauchen, immer besonderer Begründung bedarf und aus dem Begriffe der bloßen Verwahrung nicht folgt. Im Falle unbefugten Gebrauches hat der Verwahrer für die Folgen nach allgemeinen Grundsätzen einzustehen.

§ 618.

8. Vereinbarung der Rückgewähr in gleicher Art 2c. a) Geltendes Recht.

Der § 618 disponirt über das gemeinrechtlich sog. depositum irregulare. Das röm. Recht hält daran fest, daß, wenn bei Deponirung vertretbarer Sachen vereinbart wird, der Empfänger habe nicht dieselben, sondern eine Quantität gleicher Sachen zurückzugeben, der Empfänger zwar mit dem Empfange Eigenthümer der Sache werde und namentlich die Gefahr derselben auf ihn übergehe, im Uebrigen aber das Rechtsverhältniß nach den sonstigen Rechtsnormen über den Hinterlegungsvertrag zu beurtheilen sei, also ein, wenn auch irreguläres, Depositum vorliege. Die moderne Gesetzgebung, abgesehen vom franz. Rechte, wo beim Schweigen des code civil Streit über die rechtliche Natur eines solchen Vertrages herrscht, und von dem schweiz. Bd. Ges., hat jene mit Besonderheiten des röm. Rechtes zusammenhängende Auffassung verlassen, und sieht in dem bezeichneten Vertrage prinzipiell ein Darlehensgeschäft. Dies gilt namentlich vom preuß. A. L. R., welches nach richtigem Verständnisse das sog. depositum irregulare nicht kennt[3]). Nur das schweiz. Bd. Ges. (Art. 484, 445)

---

[1]) Vergl. hess. Entw. Art. 325, bayr. Entw. Art. 664, dresd. Entw. Art. 737.

[2]) Sintenis II § 112 bei A. 22; preuß. A. L. R. I, 14 §§ 80, 81, 82, 85, 86; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVI Nr. 98; österr. G. B. § 965; code civil Art. 1930; sächs. G. B. § 1264 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 476; vergl. württemb. L. R. II, 3 §§ 5, 6; hess. Entw. Art. 325, bayr. Entw. Art. 664, dresd. Entw. Art. 737.

[3]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 83, 84, Eccius II § 139 S. 291; Entsch. d. R. G. in Civils. XI Nr. 73 S. 322 (dagegen allerdings Dernburg II § 211); österr. G. B. § 959; sächs. G. B. §§ 1274—1278; hess. Entw. Art. 326, bayr. Entw. Art. 665, dresd. Entw. Art. 738 (vergl. zür. G. B. §§ 1142, 1143, württemb. L. R. II, 3 § 3).

hält im Wesentlichen an dem röm. Rechte fest: Nutzen und Gefahr der hinterlegten vertretbaren Sachen gehen auf den Verwahrer über, er hat nicht in specie, sondern nur in genere zu restituiren, im Uebrigen ist der Vertrag ein depositum und gelten die Grundsätze über das depositum[1]). Mit dem franz. Rechte über den Fall zu schweigen, ist nicht statthaft. Er ist in der Praxis ungemein häufig, in welcher Richtung nur an die kaufmännischen Depots erinnert zu werden braucht. Der Entwurf folgt in Abweichung von dem schweiz. Bd. Ges. der modernen Auffassung. Ist bei der Hinterlegung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen (ausdrücklich oder stillschweigend) vereinbart, daß nicht dieselben Sachen, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren seien, so kann nach der prinzipiellen Auffassung des Hinterlegungsvertrages, wonach der Verwahrer dem Hinterleger „dieselbe" Sache zurückzugeben hat (§ 614), ein Hinterlegungsvertrag nicht angenommen werden. Es liegt vielmehr ein Darlehensvertrag (§ 453) vor. Dies entspricht auch der Intention der Parteien. Wenn aber gleichwohl die Parteien den Vertrag als Verwahrungs- oder Hinterlegungsvertrag bezeichnet oder von Hinterlegen oder „in Verwahrung geben" gesprochen oder in ähnlicher Weise sich ausgedrückt haben, so weist dies mit Entschiedenheit darauf hin, daß nicht die Eingehung eines lediglich nach den für das Darlehen geltenden Rechtsnormen zu beurtheilenden Vertrages bezweckt war, sondern daß gewisse, dem Hinterlegungsvertrage eigenthümliche, mit dem Begriffe des Darlehensvertrages immerhin noch verträgliche Besonderheiten Platz greifen sollen. Bei einem Vertrage des bezeichneten Inhaltes darf in dieser Hinsicht mit voller Sicherheit angenommen werden, daß die Parteien beabsichtigten, es sollten in Absicht auf Zeit und Ort der Restitution nicht die für den Darlehensvertrag (§§ 457, 229, 230), sondern die für den Hinterlegungsvertrag bestehenden Grundsätze (§§ 620, 624) zur Richtschnur dienen. Ob und inwieweit auch andere Besonderheiten, welche für das depositum im röm. Rechte weit zahlreicher und wichtiger waren, als heutzutage, als vereinbart anzusehen sind, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Hiervon hängt es weiter auch ab, ob dem Empfänger die Befugniß zur Kompensation, welche der Entwurf grundsätzlich auch beim Depositum zuläßt, gegenüber dem Anspruche des „Hinterlegers" versagt sein soll. Durch diese Regelung (Abs. 1 Satz 1, Abs. 2) weicht der Entwurf von dem geltenden Rechte insofern ab, als dieses den erwähnten Vertrag den Grundsätzen über das Darlehen schlechthin unterwirft; er wird aber dem praktischen Leben gerecht. Der von dem schweiz. Bd. Ges. betretene Weg, den Vertrag, soweit die Restitution in genere nicht unmittelbar in Frage steht, den Regeln über den Verwahrungsvertrag zu unterwerfen oder gar als solchen im Gesetze zu karakterisiren, kann nicht gebilligt werden. Hieraus entstände eine die verschiedensten Zweifel hervorrufende Dunkelheit und zugleich mit der Vorschrift über das Wesen des Verwahrungsvertrages eine kaum vereinbare Inkorrektheit.

b) Auffassung des Entwurfes.

Darlehensvertrag;

Ort und Zeit der Rückgewähr nach den Grundsf. über Hinterlegung.

Für den Fall, daß der Hinterleger nur bestimmt hat, daß der Verwahrer die hinterlegten vertretbaren Sachen verbrauchen dürfe, wenn er wolle, bestimmt

[1]) S. Schneider und Fick zu Art. 484, 485 S. 344.

Gestattung: α. des Gebrauches bei vertretbaren, der Entwurf, der Vertrag gehe (erst) mit dem Zeitpunkte in einen Darlehensvertrag (mit der in Abs. 2 bezeichneten Modifikation) über, in welchem der Verwahrer von der Gestattung Gebrauch macht[1]). Es ist nicht zulässig, für diesen Fall den Vertrag sofort als Darlehensvertrag zu betrachten. Hierin läge in Rücksicht auf die Tragung der Gefahr[2]) die größte Unbilligkeit gegen den Verwahrer, namentlich dann, wenn der letztere die Absicht hätte, von der betreffenden Erlaubniß gar nicht oder nur unter besonderen nicht eingetretenen Umständen Gebrauch zu machen. Die sich oft ergebende Schwierigkeit, den entscheidenden Zeitpunkt, wann nämlich der Verwahrer von der Erlaubniß Gebrauch gemacht hat, zu ermitteln, kann eine entgegengesetzte, den Verwahrer im Wesentlichen benachtheiligende Vorschrift nicht rechtfertigen.

Nach dem Entwurfe ist in jedem Falle zu prüfen, ob ein Vertrag des im Abs. 1 angegebenen Inhaltes abgeschlossen wurde. Es ist keinerlei Auslegungsregel diesfalls angezeigt, insbesondere weder für den Fall, daß eine Geldsumme durch Zuzählung an den Verwahrer (dresd. Entw. Art. 738 Abs. 2), noch für den Fall, wenn eine Geldsumme oder sonstige vertretbare Sachen unversiegelt oder unverschlossen (sächs. G. B. § 1274; schweiz. Bd. Ges. Art. 484 Abs. 2; dresd. Entw.) hinterlegt wird. Immer sind die konkreten Umstände für die Entscheidung über die Intention derartiger Verabredungen maßgebend. Eine Bestimmung, wonach für den zweiten Fall der Gebrauch des Geldes oder der vertretbaren Sachen als angeboten gelte, wäre zumal höchst bedenklich, weil hiernach das sog. Depotfixen statthaft sein würde, obschon letzteres zweifellos nicht sanktionirt werden darf. Andererseits besteht aber auch kein Bedürfniß, mit dem schweiz. Bd. Ges. (Art. 485) zu bestimmen, die Verwendung sei nur erlaubt, wenn sie ausdrücklich gestattet sei.

β. des Gebrauches bei unvertretb. Sachen. Im geltenden Rechte ist des Falles besonders gedacht, wenn bei der Hinterlegung einer unvertretbaren (unverbrauchbaren) Sache dem Verwahrer der Gebrauch derselben gestattet wird. Es ist bestimmt, der Vertrag sei im Falle einer Vereinbarung über die Gebrauchsgestattung sofort als Kommodat zu betrachten und gehe bei nachträglicher Benutzung der vom Hinterleger einseitig ertheilten Gebrauchserlaubniß mit der Benutzung in ein Kommodat über[3]). Eine Entscheidung im Gesetze ist nicht erforderlich. Es können nur die Umstände des Falles entscheiden, ob Gebrauchsleihe oder eine besonders modifizirte Hinterlegung oder ein im Gesetze nicht normirter Vertrag besonderer Art anzunehmen ist. Jene Bestimmungen passen überdies augenscheinlich nicht für solche Fälle, wenn der Gebrauch dem Willen des Verwahrers anheimgestellt ist und dieser von der Erlaubniß nur gelegentlich und vorübergehend Gebrauch macht (z. B. ein in Verwahrung gegebenes Pferd nur einmal zum Spazierenreiten benutzt hätte).

---

[1]) Ebenso Windscheid § 379; preuß. A. L. R. I, 14 § 83; sächs. G. B. § 1277; österr. G. B. § 959; hess. Entw. und bayr. Entw. a. a. O., dresd. Entw. a. a. O. Vergl. § 85.

[2]) Sächs. G. B. § 1276.

[3]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 83; sächs. G. B. § 1278; österr. G. B. und die neueren deutschen Entwürfe a. a. O.

§ 619.

Die Bestimmung in Satz 1 des § 619 reproduzirt im Wesentlichen geltendes Recht[1]). Die Herausgabepflicht in Ansehung der etwa vom Verwahrer gezogenen Nutzungen ist deshalb hervorzuheben, weil sich hieraus ergiebt, daß auch diese Verpflichtung aus dem Vertrage entspringt und dem Hinterleger diesfalls nicht etwa blos die Bereicherungsklage zusteht (§ 592). Ueber die Herausgabepflicht in Ansehung des Zuwachses braucht nichts bestimmt zu werden. Auch die gewiß unbedenkliche Bestimmung des zweiten Satzes, daß der Verwahrer verpflichtet ist, eigenmächtig in eigenem Nutzen verwendete Gelder von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen (§ 217), schließt sich an geltendes Recht an (vergl. § 593)[2]). 9. Herausgabepflicht des Verwahrers. Nutzungen. Verzinsung.

Darüber, ob und inwiefern der Verwahrer sich gegen den Anspruch des Hinterlegers auf Restitution der hinterlegten Sache mit dem Einwande vertheidigen kann, daß er das Eigenthum an der Sache erworben habe, bezw. daß ein Dritter Eigenthümer der Sache sei, ist ebenso wie über den schon bei § 614 erwähnten Fall der Inverwahrungnahme einer dem Verwahrer gehörenden Sache, eine Bestimmung aus ähnlichen Gründen nicht angezeigt, aus welchen für die betreffenden Fälle bei dem Miethvertrage und der Gebrauchsleihe von einer Bestimmung abgesehen wurde[3]). Einwand des eigenen Eigenthumes 2c.

Im gemeinen Rechte und im Anschlusse an dasselbe im geltenden modernen Rechte[4]) ist sowohl die Kompensation als das Retentionsrecht in größerer oder geringerer Ausdehnung gegen Ansprüche des Hinterlegers aus dem Hinterlegungsvertrage versagt. Es ist hier jedoch so wenig, als beim Kommodate (einschließlich des Prekarium) oder beim Mandate ein Bedürfniß, das Zurückhaltungsrecht oder die Aufrechnung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 233 ff., 281 ff.) vorliegen, auszuschließen oder zu beschränken, soweit sie nicht durch die allgemeinen Vorschriften auch für den Hinterlegungsvertrag ohnedies ausgeschlossen sind. Die Unzulässigkeit der Kompensation könnte namentlich in Rücksicht auf den Konkursfall dem Verwahrer zum empfindlichen Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht.

---

[1]) Windscheid § 378 Noten 9, 10; preuß. A. L. R. a. a. O. § 41; code civil Art. 1932, 1933, 1934, 1936; sächs. G. B. § 1269; hess. Entw. Art. 331, 332, 333 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 669, dresd. Entw. Art. 739; zu code civil Art. 1934 und hess. Entw. Art. 332 vergl. § 238 des Entwurfes.

[2]) Windscheid § 378 Note 10; sächs. G. B. § 1270; dresd. Entw. Art. 739, hess. Entw. Art. 333 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 664 Abs. 2. Das preuß. A. L. R. verpflichtet solchenfalls den Verwahrer zur Entrichtung der höchsten Zinsen vom Zeitpunkte der Niederlegung an (a. a. O. § 87).

[3]) Vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. XV Nr. 48, Windscheid § 377 a. E., preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 68, 69, 79, code civil Art. 1922, 1937, 1938, 1946, sächs. G. B. § 1271 Satz 1, schweiz. Bd. Ges. Art. 482, dresd. Entw. Art. 740, hess. Entw. Art. 329, 330, bayr. Entw. Art. 678; württemb. L. R. II, 3 § 11.

[4]) L. 11 Cod. h. t. 4, 34; Windscheid § 350 Note 24, § 378 Noten 17, 18; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. IX Nr. 119, d. R. G. in Civils. XII Nr. 20; preuß. A. L. R. §§ 77, 78 I, 14; §§ 363, 364 I, 16; österr. G. B. § 1440; code civil Art. 1293, 1948; sächs. G. B. § 1271 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 132 Ziff. 1; hess. Entw. IV, 1 Art. 316, IV, 2 Art. 341, bayr. Entw. Art. 188, 677, dresd. Entw. Art. 741.

Nachtheile gereichen. Für die Beibehaltung der erwähnten Beschränkungen läßt sich auch nicht anführen, daß der Hinterleger mit der Absicht deponire, über die hinterlegte Sache zu jeder Zeit verfügen zu können. Eine ähnliche Absicht trifft auch bei dem Prekarium und in vielen Fällen des Mandates zu, während sie unter Umständen bei der Hinterlegung fehlen kann. Selbstverständlich fallen das Zurückbehaltungsrecht und die Kompensationsbefugniß dann und insoweit weg, als sie durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Vereinbarung der Kontrahenten ausgeschlossen wurden.

Mehrere Hinterleger oder Verwahrer.

Besondere Bestimmungen finden sich in der Gesetzgebung sowohl für den Fall, wenn Mehrere gemeinschaftlich eine Sache bei einem Dritten hinterlegt haben[1]), als wenn Mehreren gemeinschaftlich eine Sache in Verwahrung gegeben wird[2]), in Beziehung auf die Restitutionspflicht. Solche Bestimmungen sind weder in der einen noch in der anderen Richtung erforderlich. Haben Mehrere gemeinschaftlich hinterlegt, so liegt in Ansehung der Restitution zweifellos die Verpflichtung zu einer untheilbaren Leistung vor. Die sachgemäße Entscheidung diesfalls geben die §§ 339—341 an die Hand. Geschah die gemeinschaftliche Hinterlegung insbesondere zur Sicherung von unter den Deponenten streitigen oder sonst ungewissen Ansprüchen auf die (bewegliche) Sache (freiwillige Sequestration) in der Absicht, daß die Herausgabe nur an alle Hinterleger gemeinschaftlich oder an einen von ihnen gemeinschaftlich zu bezeichnenden Empfangsberechtigten zu restituiren sei, so liegt eine Hinterlegung mit einer besonderen Eigenthümlichkeit vor, nämlich mit der aus dem Vertrage selbst sich ergebenden Nebenabrede, daß nur an alle Hinterleger gemeinsam bezw. an einen von ihnen gemeinsam bezeichneten Empfangsbevollmächtigten restituirt werden darf. Es ist klar, daß gegenüber solcher Vereinbarung die Vorschriften der §§ 339, 341 zurücktreten, soweit sie mit der Vereinbarung im Widerspruche stehen. Beim Abschlusse des Hinterlegungsvertrages mit mehreren Depositaren macht sich in Ansehung der Restitutionspflicht wieder die Untheilbarkeit der Restitutionsleistung geltend, woraus sich die Anwendbarkeit der §§ 340, 341 ergiebt.

§ 620.

10. Ort der Rückgabe. Holschuld.

Die Vorschrift, daß der vertragsmäßige Aufbewahrungsort regelmäßig zugleich der Restitutionsort (Satz 1), sowie daß die Restitutionspflicht des Verwahrers eine sog. Holschuld ist (Satz 2), steht im Einklange sowohl mit dem Wesen des Hinterlegungsvertrages, als mit dem geltenden Rechte[3]). Besondere

---

[1]) Windscheid § 299 Noten 4, 5; code civil Art. 1955 ff.; schweiz. Bd. Ges. Art. 483; württemb. L. R. II, 3 § 7; hess. Entw. Art. 336, bayr. Entw. Art. 673, 682—684, dresd. Entw. Art. 743.

[2]) Windscheid § 298 Note 15; preuß. A. L. R. I, 14 §§ 59—61; sächs. G. B. §§ 1272, 1185; schweiz. Bd. Ges. Art. 481; württemb. L. R. II, 3 §§ 8, 9; hess. Entw. Art. 339, bayr. Entw. Art. 674, dresd. Entw. Art. 744.

[3]) Sintenis II § 112 A. 27; preuß. A. L. R. I, 14 §§ 73—75; code civil Art. 1942, 1943; schweiz. Bd. Ges. Art. 480; hess. Entw. Art. 335, bayr. Entw. Art. 670, dresd. Entw. Art. 742.

Bestimmungen über Kosten und Gefahr der Restitution, geschehe sie an dem in Satz 1 bezeichneten Orte oder vertragsgemäß oder auf Verlangen des Hinterlegers an einem anderen Orte, sind hiernach entbehrlich.

§ 621.

Der Entwurf normirt den Anspruch des Verwahrers auf Ersatz von Aufwendungen im Hinblicke auf die Gleichheit der maßgebenden Verhältnisse in gleicher Weise, wie den entsprechenden Anspruch des Beauftragten (§ 595). In der bestehenden Gesetzgebung wird dieser Anspruch zum Theil zu enge begrenzt[1]). Nicht gerechtfertigt ist insbesondere die gegenständliche Beschränkung des Anspruches auf die auf die hinterlegte Sache selbst gemachten Verwendungen, wodurch Fälle ausgeschlossen werden, in welchen zweifellos eine Verwendung auf die hinterlegte Sache selbst nicht vorliegt, der Ersatzanspruch aber nothwendig anerkannt werden muß, z. B. wenn in Folge unvorhergesehener Ereignisse (etwa bei Wassers- oder Feuersgefahr) erhebliche Rettungskosten aufgewendet werden. Wie in Ansehung des Anspruches des Beauftragten (§ 595), ist auch hier klar, daß der Verwahrer den Ersatz solcher Verwendungen zu fordern nicht berechtigt ist, welche er zu tragen sich ausdrücklich oder stillschweigend verpflichtet hat. Häufig wird der Verwahrer von diesem Gesichtspunkte aus die Erstattung gerade solcher Aufwendungen nicht fordern können, ohne welche eine Verwahrung der betreffenden Art regelmäßig nicht zu bewirken ist, zumal dann, wenn er für die Verwahrung sich eine Vergütung ausbedungen hat. Andererseits folgt schon aus dem Wortlaute des ersten Absatzes, daß die mit dem Zwecke der Aufbewahrung in keiner Verbindung stehenden Aufwendungen von der Vorschrift nicht betroffen werden, mithin der Ersatzanspruch nach allgemeinen Grundsätzen über die negotiorum gestio (§§ 749 ff.) zu beurtheilen ist. 11. Aufwendungen des Verwahrers.

Auch in Bezug auf die Verzinsungspflicht und die Art und Weise der Ersatzleistung gelten die Vorschriften des § 595 (Abs. 2).

§ 622.

In der bestehenden Gesetzgebung wird die Verpflichtung des Hinterlegers zum Ersatze des dem Verwahrer aus der Hinterlegung entstandenen Schadens theils im Anschlusse an das gemeine Recht in Bezug auf jeden durch Fahrlässigkeit des Hinterlegers in dieser Richtung entstandenen Schaden statuirt[2]), theils darüber hinaus die Haftpflicht des Hinterlegers noch erweitert, indem der Anspruch ohne den Nachweis irgend eines Verschuldens gegeben, dem 12. Ersatz aus der Hinterlegung entstandenen Schadens.

---

1) Windscheid § 348 Note 15; preuß. A. L. R. I, 14 §§ 42 ff.; code civil Art. 1947; österr. G. B. § 967; sächs. G. B. § 1273; schweiz. Bd. Ges. Art. 477; hess. Entw. Art. 340, bayr. Entw. Art. 675, dresd. Entw. Art. 745.

2) Windscheid § 378 N. 16; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 42, 43; österr. G. B. § 967; hess. Entw. Art. 430, bayr. Entw. Art. 675, dresd. Entw. Art. 745. Das sächs. G. B. hat diesfalls keine Bestimmung.

Hinterleger nur der Exkulpationsbeweis nachgelassen oder der Hinterleger ohne Rücksicht auf ein Verschulden desselben für allen Verlust haftbar erklärt wird, welchen die hinterlegte Sache dem Verwahrer etwa veranlaßt hat[1]). Der Hinterleger übernimmt in dem Hinterlegungsvertrage (§ 614) jedoch keineswegs die Verpflichtung (Garantie), dafür aufzukommen, daß dem Verwahrer aus der Hinterlegung kein Schaden entstehe, ja er übernimmt durch den Hinterlegungsvertrag in dieser Richtung überhaupt keine Verpflichtung. Nur vom Standpunkte einer zu vertretenden culpa in contrahendo läßt sich die Verantwortlichkeit der Hinterlegers für einen dem Verwahrer aus der Hinterlegung entstandenen Schaden begründen. Auf der Annahme einer solchen culpa basirt die Bestimmung des Entwurfes; diesem Prinzipe entspricht auch die Beschränkung der Verpflichtung auf denjenigen Schaden, welcher durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache entstanden ist, und die Voraussetzung, daß der Hinterleger, was der Verwahrer nach allgemeinen Grundsätzen zu beweisen hat, die schadendrohende Beschaffenheit der Sache gekannt hat oder kennen mußte (§ 146) und dem Verwahrer diese Beschaffenheit nicht angezeigt hat (vergl. auch § 222). Es fehlt an einem Bedürfnisse, die Schadensersatzpflicht in weiterem Umfange zu statuiren, abgesehen davon, daß man hierdurch Gefahr liefe, mit den bestehenden Gesetzen eine Vorschrift von ganz unbestimmter, kaum zu übersehender Tragweite zu geben.

§ 623.

13. Vergütung: Fälligkeit; Bemessung.

Wie der die Vereinbarung einer Vergütung bei dem Hinterlegungsvertrage betreffende § 615 sich dem § 586 (Vergütung bei dem Mandate) anschließt, so dient dem § 623 die Bestimmung des § 596, betreffend die Entstehung des Anspruches des Mandatars auf die Vergütung, die Zeit der Entrichtung der Vergütung und deren Umfang, insbesondere im Falle der Beendigung des Auftrages vor Ausführung desselben, im Wesentlichen zum Vorbilde. Diese Behandlung rechtfertigt sich durch die Gleichartigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse. In ähnlicher Weise lehnt sich auch die Gesetzgebung, soweit sie überhaupt Bestimmungen trifft, an die Vorschriften über das Mandat an[2]). Aus dem Fälligwerden des Vergütungsanspruches, „bei" Beendigung der Verwahrung, folgt insbesondere, daß dem Verwahrer diesfalls gemäß § 233 gegenüber dem Restitutionsanspruche des Hinterlegers das Zurückbehaltungsrecht zusteht. In der Vorschrift des Abs. 2 liegt, wie in der entsprechenden Vorschrift des § 596 Abs. 2, auch der Ausspruch, daß die Vereinbarung einer Vergütung den Vertrag noch nicht zu einem gegenseitigen macht.

§§ 624, 625.

14. Zeit der Rückforderung.

Die Vorschrift des § 624, wonach der Hinterleger die hinterlegte Sache zu jeder Zeit zurückfordern kann, selbst wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt war, entspricht dem Wesen des Hinterlegungsvertrages, den An-

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 477; code civil Art. 1947.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 76; dresd. Entw. Art. 746, bayr. Entw. Art. 676.

forderungen des praktischen Lebens, wie dem geltenden Rechte[1]). Das Vertragsverhältniß endigt nach der Vorschrift nicht schon durch eine auf die Lösung des Vertrages gerichtete Erklärung des Hinterlegers (Widerruf), sondern dauert bis zur Rückgabe der Sache fort, vorbehaltlich der Modifikationen, welche nach den allgemeinen Grundsätzen durch eine mora accipiendi (§§ 255, 620) oder solvendi eintreten können. Eine Bestimmung, welche dem Verwahrer, der im Hinblicke auf die bestimmte Verwahrungszeit Aufwendungen gemacht hat, den Anspruch wegen dieses für die Zukunft gemachten Aufwandes vorbehält (sächs. G. B. § 1267, schweiz. Bd. Ges. Art. 478; österr. G. B. § 962; dresd. Entw. § 747), ist aus gleichen Gründen entbehrlich, wie eine entsprechende Bestimmung für den Fall eines vorausgegangenen, nicht zum Vollzuge gekommenen Hinterlegungsvertrages (s. zu §§ 614, 615).

Auch die Vorschrift des § 625 steht mit dem geltenden Rechte[2]) im Einklange. Dem Verwahrer ist unbedenklich das Recht einzuräumen, jederzeit die Zurücknahme der hinterlegten Sache zu fordern, allerdings im Falle der Vereinbarung einer Verwahrungszeit vor Ablauf derselben nur aus erheblichen Gründen. Der Hinterlegungsvertrag endigt hiernach gleichfalls nicht durch die auf Lösung desselben gerichtete Erklärung des Verwahrers (Kündigung); sein Verlangen, die Sache zurückzunehmen, führt so wenig, wie die Rückforderung des Hinterlegers, zur sofortigen Beendigung des kontraktlichen Verhältnisses. Aus § 359 des Entwurfes folgt sodann, daß der Verwahrer dem Hinterleger eine angemessene Zeit zur Zurücknahme gestatten muß und bis dahin, bezw. bis mora accipiendi eintritt, die kontraktlichen Pflichten des Verwahrers voll behält. — Auch gegenüber einem Verzichte des Verwahrers, die Rücknahme zu fordern, käme die Bestimmung des § 625 zur Anwendung, insofern in einem solchen Verzichte eben die Uebernahme der Verwahrung auf Zeit liegen würde. — Die Voraussetzung für das Recht des Verwahrers, die Zurücknahme der hinterlegten Sache zu fordern, falls eine Verwahrungszeit vereinbart ist, bestimmt der Entwurf allgemeiner, als dies in einem Theil der bestehenden Gesetze geschieht, im Anschlusse an die analoge Vorschrift, betreffend die Kündigungsbefugniß des Mandatars (§ 598 Abs. 3).

15. Anspruch des Verwahrers auf Zurücknahme,

bei Vereinbarung einer Verwahrungszeit.

Die Festsetzung einer besonderen, kurzen Verjährungszeit für die Ansprüche aus dem Hinterlegungsvertrage oder einer (kurzen) Präklusivfrist enthielte eine durch kein Bedürfniß veranlaßte, gegenüber dem bestehenden Rechtszustande bedenkliche Neuerung[3]).

---

[1]) Sintenis II § 112 A. 12, 31; preuß. A. L. R. I, 14 §§ 54, 55; österr. G. B. § 962; code civil Art. 1944; sächs. G. B. § 1267; schweiz. Bd. Ges. Art. 478; hess. Entw. Art. 328 Abs. 3, bayr. Entw. Art. 668, dresd. Entw. Art. 747 Abs. 1; Entsch. d. R. G. in Civils. XII Nr. 20.

[2]) Sintenis § 112 A. 31; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 46, 47; österr. G. B. §§ 962, 963; sächs. G. B. § 1268; schweiz. Bd. G. Art. 479; hess. Entw. Art. 328 Abs. 1, 2, bayr. Entw. Art. 667, dresd. Entw. Art. 747 Abs. 2.

[3]) Nur der hess. Entw. Art. 342 und der dresd. Entw. Art. 748 (vergl. sächs. G. B. § 1261) enthalten derartige Bestimmungen.

Zwölfter Titel.

Einbringung von Sachen bei Gastwirthen.

§ 626.

1. Nothwendigkeit besonderer Bestimmungen;

Der Entwurf giebt in Uebereinstimmung mit der gesammten neueren Gesetzgebung besondere strengere Normen in Beziehung auf die Haftung der Gastwirthe für die von den Fremden bei ihnen eingebrachten Sachen. Allerdings wurden die strengen Grundsätze des bestehenden Rechtes von den Gastwirthen in der neueren Zeit vielfach bekämpft. Ihre Abänderung oder Beseitigung ist in verschiedenen an die gesetzgebenden Körperschaften, insbesondere an den Reichstag gerichteten Petitionen von einer großen Zahl der deutschen Gastwirthe verlangt worden. Es erscheint aber unzulässig, über die genannte Haftung der Gastwirthe schweigend hinwegzugehen und damit auf die allgemeinen Grundsätze zu verweisen. Die Grundsätze, welche im Falle des Schweigens maßgebend wären, würden bei der eigenthümlichen Natur des betreffenden Vertrages die Fremden den größten Gefahren deshalb aussetzen, weil der Fremde, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung der eingebrachten Sachen eingetreten ist, regelmäßig den Beweis einer dem Gastwirthe zur Last fallenden Verletzung einer kontraktlichen Pflicht als Ursache des Schadens zu führen haben würde, welcher Beweis nach der Natur der Dinge nur selten gelingen könnte. Das erwähnte Bestreben der Gastwirthe geht auch anscheinend nicht so weit, in Ansehung ihrer Haftung für die Sachen der Gäste durch Absehen von speziellen Vorschriften die einfache Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze zu erreichen. In einer, von den Gastwirthen namentlich betonten Beziehung, nämlich hinsichtlich der Haftung für von dem Gaste eingebrachte Werthsachen, ist zudem die besondere Haftung durch Beschränkung auf gewisse Fälle modifizirt (§ 627)[1].

Einschränkung bezüglich des Gewerbebetriebes.

Die besonderen Bestimmungen des Entwurfes gelten nur für Gastwirthe, welche gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnehmen, nicht also für andere Gastwirthe (Restaurateurs), bei welchen dieses Moment ihres Gewerbebetriebes fehlt, und namentlich nicht für Stallwirthe rücksichtlich der bei ihnen eingestellten Thiere. Bezüglich dieser Klasse von Gewerbetreibenden besteht in der Gegenwart kein Bedürfniß besonderer Rechtsnormen, wie solches daraus erhellt, daß die meisten modernen Kodifikationen ihre besonderen Normen nur für Gastwirthe geben[2].

---

1) Gemeines Recht: Windscheid Pand. § 384; preuß. A. L. R. II, 8 §§ 444 ff.; österr. G. B. §§ 970, 1316; code civil Art. 1952—1954; sächs. G. B. §§ 1280—1290; schweiz. Bd. Ges. Art. 486, 487; zür. G. B. §§ 1149—1152; vergl. württemb. L. R. II, 3 § 15, codex Max. Bavar. IV cap. 13 § 10; hess. Entw. Art. 343—345, bayr. Entw. Art. 679—681, dresd. Entw. Art. 750—753.

2) Nur das sächs. G. B. §§ 1290, das schweiz. Bd. Ges. Art. 488 und der dresd. Entw. Art. 753 beziehen, dem röm. Rechte folgend (Windscheid § 384), auch die Stallwirthe in ihre Vorschriften ein. Der Land- und Seefrachtverkehr ist reichsgesetzlich geordnet (H. G. B. Art. 390—421, 422—431, 557—679, vergl. Ges. über das Postwesen des deutschen Reiches v. 28. Oktober 1871 § 6).

2. Inhalt und Grund der strengen Haftung.

Der Entwurf hält für die Regel an dem strengen Prinzipe fest, wonach die Gastwirthe wegen des Verlustes und der Beschädigung der von ihren Gästen eingebrachten Sachen zu haften haben, es sei denn, daß der Schaden von dem Gaste verursacht oder durch die Beschaffenheit der vereinbarten Sachen oder durch höhere Gewalt entstanden ist (Abs. 1—3). Dieses Prinzip schließt allerdings eine erhebliche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen in sich. Es ist aber geltendes Recht[1]), dessen Beseitigung in Beziehung auf andere als Werthsachen (§ 627) von den Gastwirthen, wie bemerkt, anscheinend nicht einmal angestrebt wird, und ist zum Schutze der Gäste unbedingt nöthig. Nichts wäre den Gästen damit geholfen, wenn man mit einer älteren Theorie die Haftung der Gastwirthe nur dadurch und insoweit zu einer besonderen machte, daß nicht der Gast das Verschulden, sondern unter allen Umständen der Gastwirth seine Nichtschuld zu erweisen hätte. Denn dieser Beweis würde in concreto oft als erbracht zu gelten haben, ohne daß deshalb eine zureichende Gewähr für die Erfüllung aller dem Gastwirthe nach dem Aufnahmevertrage obliegenden Pflichten gegeben wäre, und andererseits wäre der Gast häufig, da er nach den obwaltenden Umständen von allen Einzelnheiten des inneren Wirthschaftsbetriebes und des betreffenden Vorfalles nicht unterrichtet ist, außer Stande, die spezielle Pflichtversäumniß aufzudecken und mittels Gegenbeweises darzuthun. Einzig und allein das strenge Prinzip ist geeignet, den Zweck zu erfüllen, zu dessen Erreichung die Aufstellung besonderer Rechtsnormen sich als nöthig erweist. Der Begriff der höheren Gewalt ist allerdings kein völlig bestimmter. Derselbe ist aber (mit derselben Bezeichnung) bereits reichsgesetzlich (z. B. H. G. B. Art. 395, 423, 607) für ähnliche Fälle verwendet, ohne daß daraus in der Praxis die besorgten Uebelstände in nennenswerther Bedeutung sich herausgestellt haben[2]). — Die besondere, weitgehende Haftung des Gastwirthes entspringt unmittelbar aus dem ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Aufnahmevertrage. Irreführend ist es, wenn in Gesetzen und neueren Entwürfen (österr. G. B. § 970; code civil Art. 1952; hess. Entw. Art. 343, dresd. Entw. Art. 750) gesagt wird, die Gastwirthe haften als Verwahrer.

a) Einbringen der Sachen durch den Gast;

Voraussetzung für die besondere Haftung des Gastwirthes ist, daß die betreffenden Sachen von dem im Betriebe des Gewerbes aufgenommenen Gaste eingebracht wurden. Als eingebracht gelten alle Sachen, welche der aufgenommene Gast dem Gastwirthe oder dessen „Leuten" (H. G. B. Art. 400) übergeben oder an einen von demselben angewiesenen Ort oder in Ermangelung einer besonderen Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat (Abs. 1, 4). Es bleibt im Uebrigen Aufgabe der Beurtheilung des konkreten Falles, ob die Aufnahme des Gastes erfolgt ist; nichts steht entgegen, das Erforderniß der Aufnahme namentlich schon dann als erfolgt anzusehen, wenn

---

[1]) Preuß. A. L. R. II, 8 §§ 444—447; Eccius II § 140; österr. G. B. a. a. O.; code civil a. a. O.; sächs. G. B., schweiz. Bd. Ges. a. d. a. O.; hess. Entw., bayr. und dresd. Entw. a. d. a. O.

[2]) Vergl. Goldschmidt a. a. O. S. 79 ff. und Zeitschr. XVI S. 324 ff., Hahn, Komm. zum H. G. B. II S. 597 §§ 10 ff. zu Art. 395; vergl. Entwurf § 165.

der Fremde am Eisenbahnhofe mit dem Führer des Gastwagens sich verständigt hat. Betreffend speziell das Erforderniß des Einbringens der betreffenden Sachen, so ist, wie Abs. 4 zeigt, vorausgesetzt, daß der Gast die Sachen nicht an einem Orte unterbringt, welcher dazu ihm weder von dem Wirthe oder dessen Leuten angewiesen wurde, noch dazu ausdrücklich oder nach seiner Beschaffenheit bestimmt ist[1]). Nicht aber ist für die Haftpflicht der Umstand entscheidend, daß der Gastwirth oder seine Leute die Sachen einbringen sahen. Von selbst versteht sich auch, daß der Gastwirth unter diesen Voraussetzungen nicht nur für diejenigen Sachen haftet, welche der Gast bei seiner Aufnahme mit sich und einbringt, sondern auch für diejenigen, welche der aufgenommene Gast, so lange er solcher ist, nachträglich einbringt (sächs. G. B. § 1282). Dagegen ist die Erstreckung der besonderen Haftung der Gastwirthe auf Sachen, welche der Gast bei seiner Abreise mit Einwilligung des Wirthes zurückläßt (sächs. G. B. § 1286; hess. Entw. Art. 345, dresd. Entw. Art. 752) weder innerlich gerechtfertigt, noch durch ein praktisches Bedürfniß geboten. In den betreffenden Fällen genügen die allgemeinen Vorschriften über den Hinterlegungs-, Auftrags- und bezw. Speditionsvertrag vollkommen[2]).

zurückgelassene Sachen.

b) Haftung des Gastwirthes für seine Leute und für Dritte.

Der Gastwirth haftet wegen des Verlustes bezw. der Vernichtung und der Beschädigung der eingebrachten Sachen, wodurch immer der Verlust oder die Beschädigung entstanden, auch wenn der Verlust oder die Beschädigung durch die Leute des Gastwirthes, andere Gäste oder dritte Personen herbeigeführt wurden, also auch für die Delikte dieser Personen. Der Entwurf bestimmt hiermit nichts Neues, sondern bleibt bei dem geltenden Rechte[3]). Der Anspruch gegen den Gastwirth geht auf Restitution, bezw. auf Schadensersatz; dieser Anspruch und die entsprechende Verbindlichkeit stehen unter den allgemeinen Grundsätzen, allerdings mit der in der besonderen Haftung des Gastwirthes liegenden erheblichen Modifikation, daß der Fremde nie ein Verschulden des Wirthes (oder seiner Leute), sondern nur die Einbringung der Sachen und deren bei dem Gastwirthe eingetretenen Verlust oder Beschädigung und die Größe des erlittenen Schadens zu beweisen hat. Dem Gastwirthe bleibt aber überlassen, einredeweise zu behaupten oder zu beweisen (Abs. 1: „es sei denn"), daß der Schaden von dem Gaste verursacht oder durch die Beschaffenheit der eingebrachten Sachen oder durch höhere Gewalt entstanden ist[4]). Der Gastwirth ist hiernach von der Haftung schon dann befreit, wenn er nur beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung der Sachen von dem Gaste selbst, einem Begleiter desselben oder einer Person, welche der Gast bei sich aufgenommen hat (Abs. 3), verursacht worden ist, wenngleich der Verlust oder

c) Exkulpationsbeweis.

---

[1]) Entsch. d. R. O. H. G. XVII Nr. 12, XXV Nr. 79 S. 336, Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 36; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 446, 450, sächs. G. B. §§ 1280, 1281, 1284, hess., bayr., dresd. Entw. a. d. a. O.

[2]) Vergl. Eccius II § 140 Anm. 21, Entsch. d. R. O. H. G. XI Nr. 108 S. 344 ff.

[3]) S. Windscheid § 384; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 444, 447; code civil Art. 1953; sächs. G. B. § 1285; schweiz. Bd. Ges. Art. 486 und die neueren Entwürfe a. d. a. O.; H. G. B. Art. 395, 607.

[4]) S. Entsch. d. R. O. H. G. XXV Nr. 79.

die Beschädigung in einer solchen Handlung oder Unterlassung sich gründet, welche an sich den Vorwurf der Fahrlässigkeit gegen die betreffende Person nicht rechtfertigt. Aus Rücksichten der aequitas geht der Entwurf hiermit im Anschlusse an die neueren deutschen Entwürfe über das bestehende Recht hinaus, welches in dieser Richtung dem Gastwirthe nur den Beweis des durch den Gast 2c. selbst verschuldeten Verlustes nachläßt[1]). Auch in Ansehung des zweiten zugelassenen Entschuldigungsgrundes geht der Entwurf, gleichfalls aus Billigkeitsgründen, insoweit über das geltende Recht (H. G. B. Art. 395) hinaus, als Befreiung des Gastwirthes eintritt, auch wenn der Schaden nicht durch die Beschaffenheit der zerstörten oder beschädigten Sache selbst, sondern durch die Beschaffenheit einer anderen von dem Gaste eingebrachten Sache entstanden ist. — Daneben erklärt der Entwurf (Abs. 2) für alle Fälle, in welchen bei der Entstehung des Schadens eine Fahrlässigkeit des Gastes mitgewirkt hat, auch die Vorschrift des § 222 für entsprechend anwendbar. Dasselbe gilt im Falle einer mitwirkenden Fahrlässigkeit eines Begleiters des Gastes oder einer von dem letzteren bei sich aufgenommenen Person (Abs. 3).

Das die besondere strenge Haftung des Gastwirthes bestimmende Gesetz ist keine lex absoluta. Vielmehr kann diese Haftung durch Vereinbarung zwischen Gastwirth und Gast nach allgemeinen Grundsätzen (§ 225) ermäßigt oder erlassen werden. Ein besonderer Vorbehalt im Gesetze ist, da diesfalls nichts Besonderes gilt, nicht erforderlich. Der Inhalt der Vereinbarung entscheidet über Umfang und Maß der Haftung des Gastwirthes. Eine einseitige, von dem Gaste nicht ausdrücklich oder stillschweigend angenommene Erklärung des Gastwirthes, daß er die Haftung ablehne, wäre irrelevant; es ist aber selbstverständlich Thatfrage, ob eine Vereinbarung des Wirthes und des Gastes in der fraglichen Richtung vorliegt. Gleicher Beurtheilung unterliegt der Fall, wenn der Gastwirth erst nach der Aufnahme des Gastes die Ablehnung der Haftung erklärte[2]). Der Entwurf entscheidet aber die in Theorie und Praxis viel bestrittene, auch in der Gesetzgebung nicht gleichmäßig beantwortete Frage nach der Wirksamkeit eines Anschlages, durch welchen der Wirth die Haftung ablehnt, indem er durch positive Vorschrift (Abs. 5) einem solchen Anschlage jede rechtliche Wirkung abspricht. Wenn theoretisch die Bestimmung, daß auch in Ansehung einer Erklärung des Gastwirthes durch Anschlag die Umstände des konkreten Falles maßgebend wären, ob nämlich hiernach ein Befreiungsvertrag anzunehmen ist oder nicht, vielleicht richtiger sein möchte, so verdient doch die positive Vorschrift des Entwurfes den Vorzug, weil nur durch sie den vielen Streitigkeiten, welche sich nach der Erfahrung an jene Bestimmung unausbleiblich knüpften, begegnet werden kann[3]).

3. Ausschluß der strengen Haftung
a) durch Vertrag,
b) durch Anschlag.

---

[1]) Entsch. d. R. O. H. G. XXV Nr. 79 S. 337, 340; preuß. A. L. R. II, 8 §§ 447, 451; sächs. G. B. § 1285; schweiz. Bd. Ges. Art. 486; dagegen hess. Entw. Art. 343 Abs. 3, bayr. Entw. Art. 679 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 750 Abs. 1.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 448; sächs. G. B. § 1287; hess. Entw. Art. 344, bayr. Entw. Art. 680, dresd. Entw. Art. 751 Abs. 1.

[3]) Ebenso Zachariä § 406 A. 4; schweiz. Bd. Ges. Art. 487; dresd. Entw Art. 751 Abs. 2; anders sächs. G. B. § 1288; hess. Entw., bayr. Entw. a. d. a. O.

§ 627.

4. Haftung für Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten

Die Bestimmung des § 627 weicht vom geltenden Rechte ab. Nach gemeinem, preuß. und franz. Rechte haftet der Gastwirth für die von dem Gaste eingebrachten Werthsachen in gleicher Weise und unter denselben Voraussetzungen wie für andere Sachen. Dies ist auch der Standpunkt des schweiz. Bd. Ges., des hess. und des dresd. Entw. Das sächs. G. B. (§ 1288) gestattet dagegen dem Gastwirthe, die Haftung für Geld und Werthpapiere mittels Anschlages abzulehnen, vorausgesetzt, daß der Anschlag das Erbieten des Wirthes zur eigenen Aufbewahrung enthält und in dem dem Fremden zur Beherbergung angewiesenen Raume in einer in die Augen fallenden Weise bereits bei der Aufnahme des Fremden angebracht war, wogegen der bayr. Entw. (Art. 680) bestimmt, daß, wenn dem Gaste bei seiner Aufnahme von dem Gastwirthe besondere Anordnungen wegen der Aufbewahrung von Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten mündlich oder durch einen in dem angewiesenen Zimmer befindlichen Anschlag bekannt gegeben worden seien und der Gast in Folge der Vernachlässigung dieser Anordnungen Schaden erlitten habe, der Wirth nur für sein eigenes Verschulden und dasjenige seiner Leute hafte. Es geht in der That nicht an, Werthsachen den übrigen eingebrachten Sachen gleichzustellen. Durch solche Gleichstellung würden die Gastwirthe allzu großen Gefahren ausgesetzt. Sie könnten Verluste erleiden, welche zu ihrem völligen Ruine führten, ohne irgend in der Lage zu sein, sich durch geeignete Vorsichtsmaßregeln gegen die Gefahr zu schützen. Die erfahrungsgemäß darin liegende Härte läßt sich in der Gegenwart und unter den jetzigen Verhältnissen nicht mehr rechtfertigen. Dieselben Erwägungen, welche im Land- und Seefrachtverkehre veranlaßt haben, in Betreff der Werthsachen die Grundsätze des receptum nur mit einer erheblichen Beschränkung für anwendbar zu erklären (H. G. B. Art. 395, 608), nöthigen, in ähnlicher Weise hinsichtlich der in Rede stehenden Haftung der Gastwirthe zu verfahren. Allerdings ist der Gast durch die Ausnahmebestimmung gezwungen, sein werthvolles Gut dem Wirthe anzuvertrauen, wenn er sicher sein will, obschon er vielleicht Grund haben kann, auch dem Wirthe zu mißtrauen. Unter solchen Umständen wird aber dem Gaste ohnehin nichts übrig bleiben, als auf seine eigene Obhut sich zu verlassen und jede durch die Umstände gebotene Vorsicht anzuwenden.

Nimmt man die Werthsachen einmal von der Regel (§ 626) aus, so ist kein Grund abzusehen, die Anwendung der Ausnahmebestimmung noch von einer besonderen Vorkehrung des Gastwirthes, nämlich einem Anschlage, abhängig zu machen. Man muß davon ausgehen, daß das für den Reiseverkehr überaus wichtige Gesetz auch allgemein bekannt ist und daß eine besondere Hinweisung auf dasselbe durch Anschlag daher entbehrlich ist. Das Erforderniß einer solchen Hinweisung würde nur zu Verwickelungen der gesetzlichen Bestimmungen nöthigen und damit in der Praxis zu mannigfaltigen Streitigkeiten Anlaß geben. Der Anschlag wird zudem oft nicht bemerkt oder nicht gelesen oder nicht verstanden. Ob der Anschlag durch eine gewerberechtliche

Vorschrift dem Wirthe zur Pflicht zu machen ist, hat das bürgerliche Gesetzbuch nicht zu entscheiden.

Der durch die Ausnahmebestimmungen des § 627 dem Gaste auferlegte Hinterlegungszwang kann für Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nur, insoweit sie nicht zu den laufenden Bedürfnissen des Gastes gehören, bestimmt werden. In Ansehung solcher Werthsachen, von welchen der Gast, will er nicht in die größten Verlegenheiten gerathen, sich nicht trennen kann, haftet der Wirth unbedingt nach der Regel des § 626. Insoweit werden die Wirthe durch die Anwendbarkeit der Regel auch nicht bedrückt.

Hat der Gast dem Wirthe seine Werthsachen zur Aufbewahrung übergeben, so haftet der Wirth im Uebrigen für dieselben, ob er sich im Besitze eines geeigneten, eine angemessene Sicherheit gewährenden Aufbewahrungsortes befindet oder nicht, durchaus nach den Regelgrundsätzen (ex recepto: § 626), also keineswegs nur nach den Rechtsnormen über den Hinterlegungsvertrag. In gleicher Weise hat der Wirth zu haften, wenn er die Uebernahme der Werthsachen zur Aufbewahrung abgelehnt hat. Wenn der Wirth seinerseits den ihm von dem Gesetze an die Hand gegebenen Weg, sich eine günstigere Lage zu verschaffen, nicht betreten will, so muß die Regel (§ 626) wieder in Geltung treten, vorausgesetzt, daß nicht der Aufnahmevertrag sich zu Folge der Ablehnung aufgelöst hat oder die Haftung in concreto als durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft ausgeschlossen anzusehen ist.

a) bei Uebergabe an den Wirth,

b) bei Ablehnung der Aufbewahrung,

Der Gastwirth hat endlich in Ansehung der Gelder ꝛc. auch dann für den Schaden zu haften, wenn derselbe durch ihn oder seine Leute verschuldet ist, obwohl der Gast die Werthsache weder bei ihm hinterlegt, noch ihm zur Verwahrung angeboten hat. Es liegt vor Allem kein Grund vor, die Haftung des Wirthes für das ihm selbst oder seinen Leuten zur Last fallende Verschulden auszuschließen, für welches er nach den allgemeinen Grundsätzen über die Vertretung unerlaubter Handlungen einzustehen hat. In Betreff des Verschuldens der Leute ist jedoch von der aus den §§ 711, 712 sich ergebenden Beschränkung des Wirthes abzusehen. Diese Beschränkung gewährt ohnehin dem Wirthe keinen wesentlichen Vortheil, würde aber viele Streitigkeiten verursachen. Selbstverständlich trifft der Entwurf weiter mit seiner Bestimmung auch die Fälle einer schuldhaften Verletzung einer nach den Umständen als durch den Aufnahmevertrag übernommen zu erachtenden besonderen kontraktlichen Pflicht, gehe die Verletzung von dem Gastwirthe oder seinen Leuten (§ 224 Abs. 2) aus. Die Frage, ob der Wirth durch den Aufnahmevertrag für die Sicherheit der von dem Gaste eingebrachten Sachen in gewisser Weise, z. B. durch gehörige Beschaffenheit der dem Gaste angewiesenen Behältnisse, durch Verschlossenhalten der Thür während der Abwesenheit desselben, durch Fernhalten verdächtiger Personen von den Logirräumen u. s. w. zu sorgen verpflichtet wird, läßt sich ohne Zweifel nicht schlechthin verneinen. In welchem Umfange sie bejaht werden muß, hängt aber von dem zum größten Theile durch die Verkehrssitte bedingten Inhalte des Aufnahmevertrages ab, welcher von sehr verschiedener Beschaffenheit sein kann, je nachdem der Gasthof eingerichtet und den Gästen zur Benutzung eröffnet ist. Durch die Fassung („verschuldet ist") wird auch die Verletzung einer kontraktlichen Pflicht getroffen. Die Beweislast in An-

c) bei Verschulden des Wirths ꝛc.

sehung des Verschuldens beurtheilt sich, je nachdem es sich um deliktisches oder um kontraktliches Verschulden handelt, nach den allgemeinen diesfalls maßgebenden Grundsätzen.

§ 628.

5. Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes.

In Deutschland besteht zur Zeit in Ansehung der Sicherungsrechte des Gastwirthes wegen seiner Forderung für Wohnung und Bewirthung des Gastes im Wesentlichen derselbe Rechtszustand, wie in Ansehung der Sicherungsrechte des Vermiethers; jene Rechte wurden in der Mehrzahl der deutschen Staaten im Anschlusse an die Vorschrift des § 41 Nr. 5 der Konk. O. für die Fälle außerhalb des Konkurses geregelt[1]). Durch den § 628 wird im Anschlusse an diesen Rechtszustand, in gleicher Weise wie in § 521 dem Vermiether, dem Gastwirthe wegen der bezeichneten Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes, und nur an solchen von ihm eingebrachten Sachen, eingeräumt. Wenn die Konk. O. a. a. O. den Gastwirthen das Absonderungsrecht in Ansehung der von dem Gaste eingebrachten, von den Gastwirthen zurückbehaltenen Sachen zuspricht, so erklärt sich die Beifügung der letzteren Voraussetzung aus der Entstehungsgeschichte der Konk. O.[2]). Die weitere Voraussetzung ist für die in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmende Vorschrift überflüssig. — Der Entwurf erkennt hier, wie in § 521, ein gesetzliches, mit dem wirklichen Gewahrsam der haftbaren Sache nicht verbundenes Pfandrecht an. Auf dasselbe finden auch im Uebrigen die Bestimmungen des § 521 entsprechende Anwendung, woraus insbesondere folgt, daß es nicht in Ansehung derjenigen Sachen besteht, welche der Pfändung nicht unterworfen sind, daß es erlischt mit der Entfernung der Sachen, es sei denn, daß die Entfernung heimlich oder gegen den Widerspruch des Gastwirthes erfolgt ist, daß jedoch der Gast diejenigen von ihm eingebrachten Sachen entfernen darf, welche er im regelmäßigen Betriebe seines Geschäftes, oder weil die gewöhnlichen Lebensverhältnisse es mit sich bringen, zu entfernen bestimmt wird, im Uebrigen aber der Gastwirth auch ohne Anrufung des Gerichtes die Entfernung aller übrigen von dem Gaste eingebrachten Sachen zu hindern (vergl. auch § 189) und, wenn der Miether das Gasthaus verläßt,

---

[1]) Vergl. z. B. preuß. A. L. R. II, 8 § 445, Deklaration v. 21. Juli 1846, Ausf. Ges. zur Konk. O. v. 6. März 1879 § 7; ferner code civil Art. 2102 Ziff. 5, Zachariä II § 261 A. 29b, 30; Ausführungsgesetze zu den Reichsjustizgesetzen für Bayern v. 23. Februar 1879 §§ 140, 198, 199, Baden v. 3. März 1879 §§ 20, 21, Großherzogthum Hessen v. 4. Juni 1879 Art. 42, 100, 102, Elsaß-Lothringen v. 8. Juli 1879 § 20, Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz v. 26. Mai 1879 § 6, Anhalt v. 10. Mai 1879 § 6, Sachsen-Altenburg v. 26. März 1879 § 4, Sachsen-Coburg-Gotha v. 7. April 1879 § 4, Sachsen-Meiningen v. 20. Juni 1879 § 4, Reuß ä. L. v. 5. Mai 1879 § 18, Reuß j. L. v. 22. Februar 1879 § 5, Schwarzburg-Rudolstadt v. 1. Mai 1879 § 22, Schwarzburg-Sondershausen v. 20. Mai 1879 § 3, Waldeck v. 1. September 1879 Art. 1, Lippe-Detmold v. 26. Juni 1879 § 7, Schaumburg-Lippe v. 30. Juni 1879 § 95, Bremen v. 25. Juni 1879 § 45.

[2]) Vergl. preuß. Konk. O. v. 8. Mai 1855 § 33 Nr. 5, Sarwey, Komm. zur Konk. O., 2. Aufl. S. 356, 357, 380.

dieselben in seine Inhabung zu nehmen befugt ist. Endlich ist der Gastwirth berechtigt, vom Gaste die Zurückschaffung der heimlich oder gegen seinen Widerspruch weggeschafften Sachen, soweit er der Entfernung zu widersprechen befugt war, und wenn der Gast das Gasthaus verlassen, die Ueberlassung der Inhabung derselben rechtlich zu verlangen.

Des Weiteren kann hier auf die Begründung des § 521 verwiesen werden und ist nur noch zu bemerken, daß das gesetzliche Pfandrecht des § 628 nur den Gastwirthen, welche Fremde beherbergen (§ 626), zusteht; ein praktisches Bedürfniß, das Pfandrecht auch anderen Wirthen, welche Fremde nicht beherbergen (Restaurateuren), zu gewähren, besteht nicht, möchte auch die erwähnte Vorschrift der Konk. O. in diesem weiteren Sinne zu verstehen sein[1]).

Dreizehnter Titel.

Gesellschaft.

Den Vorschriften des Entwurfes über die Gesellschaft (§§ 629—658) liegt die gemeinrechtliche Auffassung vom Begriffe und Wesen der Sozietät zu Grunde, wie auch die einzelnen durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen im Wesentlichen im Anschlusse an gemeinrechtliche Grundsätze normirt sind. Der Gesellschaftsvertrag ist derjenige Vertrag, durch welchen sich mehrere bestimmte Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes durch Zusammenwirken der Kontrahenten verbinden. Der gemeinsame Zweck kann der verschiedensten Art, braucht keineswegs ein Erwerbs- oder Vermögenszweck zu sein. Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältniß unter den Kontrahenten. Er wird eingegangen in der Regel im Vertrauen auf die Individualität der einzelnen Kontrahenten; es entsteht durch ihn deshalb regelmäßig ein höchst persönliches Vertragsverhältniß. Im Verkehre mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu. Der Verkehr vollzieht sich und die dadurch hervorgerufenen rechtlichen Beziehungen und Wirkungen bestimmen sich nach allgemeinen Grundsätzen, namentlich nach denjenigen über Stellvertretung und Vollmacht (§§ 640, 642). Es besteht kein geschlossenes Gesellschaftsvermögen: den einzelnen Gesellschaftern steht dasjenige Vermögen, welches in Folge des Vertrages ihnen allen gemeinschaftlich geworden ist, zu bestimmten Antheilen zu, wenn auch die aus dem Gesellschaftsvertrage den Gesellschaftern gegen einander zustehenden Forderungen prinzipiell für nicht übertragbar erklärt und die Gesellschafter gegen einander obligatorisch verpflichtet sind, sich bis zur Auseinandersetzung der Verfügung über den ihnen zustehenden Antheil an den gemeinschaftlichen Gegenständen zu enthalten, und kein Gesellschafter berechtigt

Ueberſicht: a) gemeinrechtliche Sozietät;

---

[1]) Sarwey, Komm. zur Konk. O., 2. Aufl. S. 379.

ist, vor der Auseinandersetzung die Theilung solcher Gegenstände zu verlangen (§§ 631, 641, 644, 645). Daneben ist durch den Entwurf (§ 659) für die besonderen Bedürfnisse der zum Zwecke des Erwerbes durch gewerbsmäßigen Geschäftsbetrieb eingegangenen Gesellschaften Vorsorge getroffen, indem solchenfalls von den Gesellschaftern die Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften vereinbart werden kann mit dem Erfolge, daß alle auf die offene Handelsgesellschaft sich beziehenden Vorschriften anwendbar werden. Im Uebrigen giebt der Entwurf keine Sonderbestimmungen für Gesellschaften oder Vereine, soweit sie gewisse besondere Zwecke verfolgen[1]). Faßt man die Gesellschaften (Genossenschaften, Vereine) in das Auge, welche in Betracht kommen, so ergiebt sich, daß der Kreis derjenigen, für welche solche Bestimmungen in Frage kommen könnten, ein eng begrenzter ist. Für zahlreiche und wichtige Vereinigungen hat die Reichsgesetzgebung bereits Fürsorge getroffen[2]). Eine Regelung der dem Gebiete des Versicherungsrechtes angehörigen Gesellschaften kann nur in Verbindung mit der der Revision des H. G. B. vorbehaltenen Ordnung des Versicherungsrechtes stattfinden. Auszuscheiden haben ferner diejenigen Vereinigungen, welche in unmittelbarem Zusammenhange stehen mit Materien, welche der landesrechtlichen Regelung überlassen bleiben, mit dem Agrarrechte, dem Wasserrechte einschließlich des Siel- und Deichrechtes, mit dem Forstrechte, Bergrechte, Jagd- und Fischereirechte. Im Wesentlichen bleiben hiernach nur die Vereine mit sog. idealen Tendenzen übrig. Bei Aufstellung besonderer Normen für solche Vereine handelte es sich um die Frage, ob ihnen oder gewissen Arten derselben reichsgesetzlich die Erlangung juristischer Persönlichkeit ermöglicht, bezw. erleichtert

b) Gesellschaft zur Betreibung eines Erwerbsgeschäftes;

c) Gesellschaften mit anderen, besonderen Zwecken (Vereine);

---

[1]) Dresd. Entw. Art. 812—849 (kollektive Nichterwerbsgesellschaften); schweiz. Bd. Ges. Art. 678—715 (Personenverbände, welche, ohne zu den Kollektiv-, Kommandit- oder Aktiengesellschaften zu gehören, gemeinsame Zwecke des wirthschaftlichen Verkehres verfolgen), Art. 716—719 (Vereine zu idealen Zwecken); preuß. A. L. R. II, 6 §§ 1—21 (sog. erlaubte Privatgesellschaften; über die Bedeutung dieser preußischrechtlichen Bestimmungen, insbesondere über die bestrittene Abgrenzung dieser Gesellschaften nach den von ihnen verfolgten objektiven Zwecken, von den in I, 17 §§ 169—310 A. L. R. normirten Gemeinschaften, welche durch Vertrag entstehen, d. h. vom Gesellschaftsvertrage, vergl. Dernburg I § 159 bes. Note 8, II § 214, Eccius IV § 281, II § 143, Striethorst Archiv Bd. LXX S. 58, Entsch. d. Ob. Trib. Bd. XX S. 328, 330, XLI S. 194—200, LIX S. 160, 162 ff., Gruchot Beiträge XVII S. 107 ff., Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VIII S. 182 ff., XVIII S. 398 ff., XXI S. 348 ff., Entsch. d. R. G. in Civils. IX Nr. 23 S. 108, XVI Nr. 44). Das österr. G. B. §§ 1175 bis 1216, 825, 826, der code civil Art. 1832—1873, das sächs. G. B. §§ 1359—1391, der hess. Entw. IV, 2 Art. 360—405 und der bayr. Entw. Art. 535—585 enthalten nur Vorschriften für die Gesellschaft im Allgemeinen, im Wesentlichen auf Grund der gemeinrechtlichen Prinzipien, ohne Sondervorschriften für Gesellschaften, Genossenschaften oder Vereine mit bestimmten Zwecken zu geben; vergl. bayr. Ges. v. 29. April 1869, sächs. Ges. v. 15. Juni 1868.

[2]) H. G. B. nebst Novellen, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaftsges. v. 4. Juli 1868, Gewerbeordnung, Hülfskassen-, Krankenversicherungs-, Unfallversicherungsgesetzgebung; vergl. auch R. Ges. v. 21. Oktober 1878 gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie.

werden soll (System der Normativbestimmungen; Registersystem). Es müßte diesfalls zu ihren Gunsten mit dem prinzipiellen Standpunkte des Entwurfes gebrochen werden, wonach die Normirung der Voraussetzungen, unter welchen ein Personenverein juristische Persönlichkeit erlangt, der Landesgesetzgebung überlassen bleibt (§ 42). Korporativ angelegte Vereine sind allerdings in Ermangelung der juristischen Persönlichkeit bei ihrem Auftreten nach Außen in mannigfachen Beziehungen gehemmt. In Theorie und Praxis ist auch im Hinblicke auf diese Schwierigkeiten vielfach der Versuch gemacht worden, derartige Vereine in einer den Korporationen analogen Weise zu behandeln[1]). Jene Schranken lassen sich jedoch in der That in anderer Weise als durch die Verleihung selbständiger Vermögensfähigkeit nicht heben. Gerade diese Vereine[2]) müssen aber darauf verwiesen werden, selbständige Vermögensfähigkeit nach Maßgabe der Landesgesetze zu erlangen. Soweit diese Vereine von erheblicher Bedeutung und auf längere Dauer berechnet sind, wird ihnen, wenn ein wirkliches Bedürfniß vorliegt, in der Regel gelingen, die juristische Persönlichkeit zu erlangen. Wo dies nicht der Fall, werden sie immerhin im Stande sein, ihre Rechtslage nach innen in einer ihren Eigenthümlichkeiten entsprechenden Weise zu gestalten, während, was das Verhältniß nach Außen betrifft, die Erfahrung lehrt, daß unzählige der Persönlichkeit ermangelnde Vereine ihr Dasein zu führen und zu wirken vermögen, ohne unter dem Mangel der Persönlichkeit erheblich zu leiden. Es ist sonach auch kein wesentliches Bedürfniß und würde mit dem prinziellen Standpunkte des Entwurfes wenig harmoniren, derlei Vereinen auf indirektem Wege eine Kreditbasis und Verkehrserleichterungen zu verschaffen.

§ 629.

Der Entwurf unterscheidet die von ihm normirte Gesellschaft nicht durch eine besondere Bezeichnung von anderen in dem Entwurfe nicht geregelten Gesellschaftsarten (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 524 ff.: „einfache Gesellschaft"; dresd. Entw. Art. 769 ff.: „gemeine Gesellschaft"). Hierzu besteht kein Bedürfniß, weil der Entwurf, abgesehen von der Bestimmung des Art. 659, für Gesellschaften besonderer Art oder mit gewissen Zwecken keine Sondervorschriften aufstellt. Andererseits ist jedenfalls die Bezeichnung „gemeine Gesellschaft" eine ungewöhnliche und unzutreffende. Die Vermeidung eines jeden Zusatzes ist aber auch deshalb angemessen, weil damit angedeutet wird, daß die in dem Entwurfe für die Gesellschaft überhaupt aufgestellten Rechtsnormen in gewissem 1. Terminologie.

[1]) Vergl. Seufferts Archiv VI Nr. 2, XX Nr. 200, 201, XXI Nr. 96, XXII Nr. 255, XXIII Nr. 206, XXVI Nr. 219, 257, XXVII Nr. 5, XXXIII Nr. 1, 103, 104; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. IV Nr. 42, 44, XVIII S. 398 ff., XXI S. 348; Entsch. d. R. G. in Civils. VII Nr. 53, VIII Nr. 31, XII Nr. 57.

[2]) Es gehören hierher z. B. Vereine zu geselligen Zwecken, Wohlthätigkeitsvereine, Vereine zur Hebung der Sittlichkeit (z. B. Mäßigkeitsvereine), Vereine mit wissenschaftlichen Zwecken, zur Beförderung der Kunst, für Handel, Gewerbe, Industrie, Verkehr, für Interessenvertretung eines Standes, land- und forstwirthschaftliche Vereine, politische und religiöse Vereine aller Art.

Maße auch für die übrigen Gesellschaften gelten und zur Ergänzung der die letzteren betreffenden Rechtsnormen dienen.

2. Entstehung; Die Gesellschaft entsteht durch den obligatorischen Vertrag, durch welchen sich die Kontrahenten (Gesellschafter) gegenseitig verpflichten, zur Erreichung des vereinbarten gemeinsamen Zweckes die vereinbarten Leistungen beizutragen. wesentliche Merkmale des Vertrages. Wesentlich ist ein in dem Vertrage bestimmter, gemeinsamer Zweck, zu dessen Erreichung die Gesellschafter frei zusammentreten und sich vertragsmäßig gegen einander, jeder gegen den anderen, so viele ihrer sind, verpflichten, bestimmte Leistungen beizutragen. Diese Beitragspflicht wird hiernach nicht der irgendwie von den einzelnen Gesellschaftern gesondert gedachten Gesellschaft, sondern nur den einzelnen Gesellschaftern gegenüber übernommen. Jeder Gesellschafter tritt für sich auf, obligirt sich jedem Mitkontrahenten und macht sich andererseits jeden Mitkontrahenten verbindlich[1]). Nicht ausgeschlossen ist, daß die Gesellschafter noch in anderer Weise je nach dem Inhalte des Gesellschaftsvertrages und dem Zwecke der Gesellschaft diesen zu fördern verpflichtet sind (vergl. § 632). Aus der Gemeinsamkeit des vereinbarten Zweckes folgt, daß im Wesen der Gesellschaft die Antheilnahme eines jeden Gesellschafters an diesem Zwecke liegt. Ein Vertrag, durch welchen ein Gesellschafter von der Beitragspflicht befreit, aber zur Theilnahme am gemeinsamen Zwecke, also insbesondere am Gewinne berechtigt, oder zwar am Verluste, nicht aber am Gewinne betheiligt sein soll, ist hiernach kein Gesellschaftsvertrag. Es braucht dies nicht besonders im Gesetze ausgesprochen zu werden (vergl. §§ 629, 630 Abs. 1, § 647). Die entsprechenden Vorschriften mehrerer Kodifikationen stammen aus dem röm. Rechte[2]), dessen Bestimmungen unverkennbar nur ein theoretischer Karakter beiwohnt. Schon bei der Berathung des H. G. B. wurde deshalb die Aufnahme einer ähnlichen Vorschrift abgelehnt.

Verschiedener Zweck; Gesellschaft ohne vermögensrechtlichen Karakter; Der Gesellschaftszweck kann ein sehr verschiedenartiger sein, ein mehr oder weniger umfassender Vermögenszweck, gemeinschaftlicher Erwerb, Gewinn oder auch lediglich ein idealer Zweck. Kein erlaubter Zweck ist nach dem Entwurfe ausgeschlossen. Dies entspricht dem gemeinen Rechte. Für das preuß. Recht steht nicht außer Streit, ob im A. L. R. I, 17 §§ 169 ff. (im Vergleiche mit II, 6) nur die auf einen vermögensrechtlichen, insbesondere einen gemeinsamen Erwerb gerichtete Gesellschaft normirt wird[3]). Die Vorschriften des österr. G. B. §§ 1175 ff. und des code civil Art. 1832 ff. haben nur einen Vermögenszweck im Auge. In einem anderen Sinne wird im sächs. G. B. § 1359,

---

[1]) Actio pro socio auf Leistung der Beiträge: Windscheid § 406 Note 1, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVII Nr. 35, code civil Art. 1845, sächs. G. B. § 1372, bayr. Entw. Art. 542 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 770 Abs. 2 Satz 1.

[2]) Windscheid § 405 Noten 15—17; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 245—248, 256, 257; österr. G. B. §§ 1195, 1196; code civil Art. 1855; dresd. Entw. Art. 777; sächs. G. B. § 1362; zür. G. B. § 1236; bayr. Entw. Art. 538, 540, hess. Entw. Art. 376, dresd. Entw. Art. 777; vergl. Schneider und Fick zum schweiz. Bd. Ges. Art. 531 S. 375; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVII S. 145, X S. 100, XXIX S. 157; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 5 S. 9; württemb. Arch. XII S. 81; nürnb. Prot. S. 1000.

[3]) Eccius II § 143; Dernburg II § 214; vergl. hierzu Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVIII S. 398, Entsch. d. R. G. in Civils. IX Nr. 23 und preuß. A. L. R. I, 17 §§ 278, 279.

zür. G. B. § 1235 und in den neueren Entwürfen (hess. Entw. Art. 360 ff., bayr. Entw. Art. 535, dresd. Entw. Art. 769) betont, daß eine vermögensrechtliche Gemeinschaft bezweckt sein müsse; wenn nämlich auch der Zweck selbst in keinem nothwendigen Zusammenhange mit dem Vermögen der Gesellschafter zu stehen brauche, so sei doch wesentlich das Requisit vermögensrechtlicher Beiträge, also mindestens die Vereinigung solcher Beiträge zu Zwecken nicht vermögensrechtlicher Art; beim Mangel eines vermögensrechtlichen Zweckes in dem einen oder anderen Sinne liege überhaupt keine Gesellschaft, kein gegenseitiges obligatorisches Verhältniß vor. Diese Auffassung steht in unmittelbarem Zusammenhange mit der Stellung zu der Frage, ob der rechtliche Bestand eines Schuldverhältnisses davon abhänge, daß der dem Schuldner obliegenden Leistung ein vermögensrechtlicher Karakter zukomme und insbesondere für den Gläubiger ein vermögensrechtliches Interesse habe oder nicht. Der Entwurf verneint diese Frage (§ 206) und hat deshalb (mit dem schweiz. Bd. Ges. Art. 524, 17) in § 629 jede Hinweisung auf den vermögensrechtlichen Karakter des Zweckes oder der Leistung um so mehr vermieden, als der Begriff der Gesellschaft durch jene Auffassung in unzulässiger Weise beschränkt wird. Ob bei Gesellschaften ohne vermögensrechtlichen Karakter die eine oder andere der für den Gesellschaftsvertrag geltenden Rechtsnormen gegenstandslos oder nach der Natur der Dinge unanwendbar ist, fällt nicht ins Gewicht.

Ein Gesellschaftsvertrag, welcher sich auf das ganze künftige Vermögen oder einen Bruchtheil dieses Vermögens bezieht, also eine Verpflichtung begründen soll, dieses Vermögen als Beitrag zu leisten, ist gemäß der Vorschrift des § 350 Abs. 1 nichtig, ein Gesellschaftsvertrag, welcher nur das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchtheil desselben betrifft, dagegen, sofern die in § 350 Abs. 2 bezeichnete Form gewahrt ist, gültig. Die für die Vorschriften des § 350 maßgebenden Gründe treffen bei dem Gesellschaftsvertrage in nicht minderem Maße, als bei anderen, das ganze Vermögen betreffenden Verträgen zu. Gegen die Gültigkeit eines Gesellschaftsvertrages der zuletzt bezeichneten Art läßt sich um so weniger ein wesentliches Bedenken aufstellen, als solche Verträge nur selten vorkommen[1]). *allgemeine Vermögensgesellschaft;*

Ein Gesellschaftsvertrag, gerichtet auf einen verbotenen, unsittlichen oder einen mit der öffentlichen Ordnung unverträglichen Gesellschaftszweck, ist nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 105, 106) nichtig (preuß. A. L. R. II, 6 §§ 3 ff.; code civil Art. 1833; hess. Entw. Art. 361, bayr. Entw. Art. 536). Der Entwurf (Abs. 2) spricht daneben ausdrücklich aus, daß der Gesellschaftsvertrag bei Unmöglichkeit des Zweckes nichtig ist, weil mindestens zweifelhaft erscheint, ob die Vorschrift des § 344 auf dieses unter allen Umständen richtige Ergebniß führt (vergl. § 651). Der Gesellschaftsvertrag ist, abgesehen von dem in § 350 Abs. 2 bezeichneten Falle, wie nach gemeinem Rechte, formfrei (§ 91 Abs. 1). Damit, daß die Kontrahenten sich über die wesentlichen Punkte des Vertrages geeinigt haben, ist derselbe geschlossen (§§ 77 f.). Hiernach ist auch stillschweigender Abschluß des Gesellschaftsvertrages denkbar und zulässig[2]). *verbotener, unmöglicher Zweck. Form des Vertrages.*

---

[1]) S. zu § 350 S. 187 Note 1.

[2]) Seufferts Archiv XX Nr. 200, 201; Entsch. d. R. G. in Civils. VII Nr. 53, VIII Nr. 26. Nach dem preuß. A. L. R. I, 17 (§§ 178, 179) bedarf die sog. allgemeine

§ 630.

3. Beiträge. a) Pflicht zur Beitragsleistung.

Wesentlich für die Gesellschaft ist, wie schon zu § 629 bemerkt, daß jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten hat. Der Grundsatz ist im Hinblicke auf seine Wichtigkeit und zur Verdeutlichung des § 629 auszusprechen (Abs. 1; vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 526 Abs. 1).

b) Art und Größe.

Die Beiträge können verschiedener Art sein (Sachleistungen, Rechte, Handlungen, Dienste, Arbeitsleistungen), einmalige und wiederholte, fortlaufende. Der Entwurf (Abs. 1 Satz 2) hebt bei der großen Bedeutung des Gegenstandes zunächst hervor, daß der Beitrag eines Gesellschafters auch nur in einer persönlichen Leistung bestehen kann, um den Grundsatz des Entwurfes, wonach die beigetragenen Gegenstände allen Gesellschaftern auch dann gemeinschaftlich werden, wenn ein Gesellschafter nur persönliche Dienste beiträgt, klar zu bezeichnen (§§ 631, 641, 647, 656).

Sodann betont der Entwurf (Abs. 2) mit dem geltenden Rechte, daß die Beiträge der verschiedenen Gesellschafter nach Art und Größe ungleich sein können, im Zweifel aber gleiche Beiträge zu leisten sind[1]). Die Fälle sind nicht selten, in welchen die Ungleichheit der Beiträge, obschon nicht ausdrücklich bestimmt, doch aus dem übrigen Inhalte des Vertrages als gewollt zu betrachten und im Wege der Auslegung festzustellen ist. Die Vorschrift des zweiten Satzes im zweiten Absatze ist demnach nur als Auslegungsregel gegeben. Bedenklich wäre der Beisatz: die im Zweifel gleichen Beiträge seien zu leisten in der Art und dem Umfange, wie der vereinbarte Zweck es erheischt (schweiz. Bd. Ges. Art. 527). Immer ist in erster Linie zu prüfen, ob ein perfekter Gesellschaftsvertrag vorliegt und ob nicht der Vertrag an einer wesentlichen, seine Unverbindlichkeit nach sich ziehenden Unvollständigkeit leidet (§§ 352 ff.). Die Entscheidung hängt von den konkreten Umständen ab; ist der Vertrag als vollständig und gültig anzusehen, so versteht sich der Inhalt jener zusätzlichen Bestimmung von selbst.

c) Folgen der Nichtleistung.

Die Beiträge sind zu leisten in der durch den Vertrag festgesetzten Weise, insbesondere zur bestimmten Zeit. Bezüglich der Folgen der Nichtleistung, z. B. des Verzuges, gelten die allgemeinen Grundsätze; die Nichtleistung seitens eines Gesellschafters kann aber gerechten Grund zur Kündigung der Gesellschaft für die anderen, bezw. zur Auflösung der Gesellschaft abgeben (§ 648, vergl.

Erwerbsgesellschaft der gerichtlichen Form des Abschlusses, und, um gegen dritte Personen als Gesellschaft zu gelten, öffentlicher Bekanntmachung, die besondere Erwerbsgesellschaft der einfachen Schriftform (§§ 170, 171, 183; vergl. § 187); das österr. G. B. sieht von einer allgemeinen Formvorschrift ab, ebenso das sächs. G. B., das schweiz. Bd. Ges., der hess. Entw., der bayr. Entw. und der dresd. Entw., das H. G. B. Art. 266. Der code civil unterwirft den Gesellschaftsvertrag seiner allgemeinen Schriftform (Ausschluß des Zeugenbeweises): Art. 1834, 1341, Zachariä § 378 A. 1—3.

[1]) Windscheid § 405; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 175, 189, 259; österr. G. B. §§ 1184, 1185, 1187; code civil Art. 1833 Satz 2; sächs. G. B. §§ 1360, 1361; schweiz. Bd. Ges. Art. 526, 527; hess. Entw. Art. 362, 364, 369 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 538 Abs. 1, Art. 54 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 770; H. G. B. Art. 267.

§ 651). Ein Anlaß, die Folgen der Zögerung in Leistung des Beitrages besonders strenge zu bestimmen (vergl. code civil Art. 1846)[1]), ist nicht gegeben.

Kein Gesellschafter ist verpflichtet, außer dem vereinbarten Beitrage noch etwas Anderes für die Gesellschaft zu leisten, soweit nicht § 632 eingreift. Zu einer Erhöhung des vertragsmäßigen Beitrages oder zu einer Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage, d. h. des wirklich Eingebrachten (§ 631), ist kein Gesellschafter verpflichtet, selbst dann nicht, wenn der Zweck der Gesellschaft veränderter Umstände halber oder in Folge der Verminderung des Kapitales durch Verluste nicht erreicht werden könnte. Mit der entsprechenden Bestimmung (Abs. 3), welche selbstverständlich nur das Verhältniß unter den Gesellschaftern, nicht dasjenige zu den Gläubigern der Gesellschafter im Auge hat, tritt der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem sonst geltenden Rechte[2]) dem preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 190—197) entgegen. Nach preuß. Rechte kann zwar nach Abschluß des Vertrages kein Gesellschafter zu verstärkten Beiträgen genöthigt werden, um die Geschäfte der Gesellschaft bei Bewahrung des ursprünglichen Zweckes zu erweitern; es bleibt den Einzelnen überlassen, ob sie freiwillig zu diesem Behufe mehr leisten wollen, auch um sich durch die Mehrleistung den Antheil am Gewinne zu erhöhen. Sollen die verstärkten Beiträge dazu dienen, den Zweck der Gesellschaft auf einen anderen Gegenstand auszudehnen, so ist dies ein neuer Gesellschaftsvertrag, an welchem das weigernde Mitglied nicht Theil nimmt. Wird eine Erhöhung des Beitrages zur Erreichung des unveränderten gemeinschaftlichen Zweckes nothwendig, so ist zwar auch in diesem Falle kein Mitglied zu der größeren Leistung verpflichtet, aber die anderen Mitglieder können den Austritt des Weigernden verlangen, und dieser selbst darf noch vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit austreten. In gleicher Weise bestimmt in Ansehung des letzteren Falles das österr. G. B. § 1189. Die Bestimmung des Entwurfes ist zweifellos sachgemäß und dem Wesen der Gesellschaft entsprechend; dies beweist schon der nirgends angefochtene Vorgang des H. G. B. (Art. 92). Sie ist aber nur dispositiv, greift also nicht Platz, wenn und soweit in dem Gesellschaftsvertrage etwas Anderes bestimmt worden oder alle Gesellschafter nachträglich über die Erhöhung des Beitrages oder den Nachschuß einverstanden sind. Etwas Anderes ist die eventuelle Verpflichtung der Gesellschafter zu einem Nachschusse im Auseinandersetzungsverfahren zum Zwecke der Schuldentilgung (§ 656 Abs. 2). Abgesehen hiervon braucht ein Gesellschafter sich auch die freiwillige erhöhte Beitragsleistung seitens der anderen Gesellschafter, wenn solche zur Erreichung des vereinbarten Gesellschaftszweckes erfolgte, keineswegs gefallen zu lassen, selbst dann nicht, wenn sein Antheil am Gewinne verhältnißmäßig der gleiche bleiben sollte. Er kann, unbeschadet seines Rechtes, zu kündigen, der Einbringung weiterer Beiträge sich überhaupt widersetzen, weil solche gegen den Gesellschaftsvertrag verstieße. — Würden die übrigen Gesellschafter erhöhte Beiträge zum Behufe

d) Erhöhung des Beitrages. Ergänzung der Einlage.

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 203, 204, H. G. B. Art. 95.

[2]) Code civil Art. 1845 ff.; sächs. G. B. § 1372 (Motive hierzu bei Siebenhaar II S. 337); schweiz. Bd. Ges. Art. 525 ff.; hess. Entw. Art. 369 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 542 Abs. 3, dresd. Entw. Art. 770 Abs. 2; H. G. B. Art. 92, 252 Abs. 2.

der Ausdehnung der Gesellschaft auf weitere als die vereinbarten Gesellschaftszwecke einschießen, so stände der Abschluß eines neuen, ganz anderen Gesellschaftsvertrages in Frage.

e) Exc. non impleti contractus. Es besteht Streit darüber, ob in Ansehung der den Gesellschaftern gegen einander obliegenden Verpflichtungen, bezw. in Ansehung welcher dieser Verbindlichkeiten die exceptio non adimpleti contractus stattfinde. Der Entwurf giebt diesfalls in Uebereinstimmung mit der bestehenden Gesetzgebung keine Bestimmung; die Lösung der Frage ist der Wissenschaft und Praxis zu überlassen[1]). Aus dem zwischen den Gesellschaftern zufolge des Gesellschaftsvertrages bestehenden obligatorischen Verhältnisse und der Bestimmung der vertragsmäßigen Beiträge ergiebt sich im Uebrigen in Ansehung der Ansprüche der Gesellschafter gegen einander auf Erfüllung der Beitragspflicht ohne Weiteres, daß kein Gesellschafter einen anderen auf Leistung eines verhältnißmäßigen Theiles des diesem obliegenden Beitrages (z. B. des Geldeinschusses) für sich in Anspruch nehmen, jeder vielmehr nur verlangen kann, daß der Beitrag zu dem vereinbarten Zwecke, mithin an alle Gesellschafter, um den beizutragenden Gegenstand allen gemeinschaftlich zu machen (§ 631, vergl. zu § 641), geleistet werde, sowie daß kein in der gehörigen Weise in Anspruch genommener Gesellschafter seiner Leistungspflicht durch Kompensation unter Berufung auf den ihm zustehenden Antheil an den von den übrigen Gesellschaftern zu leistenden Beiträgen sich entziehen darf. Aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrages und dem hierdurch bedingten Zwecke der Beiträge folgt auch die Unübertragbarkeit des Anspruches auf Leistung der Beiträge (§ 644).

f) Anspruch auf die Leistung.

§ 631.

g) Rechtsverhältniß an den Beiträgen. Die von den Gesellschaftern beizutragenden Gegenstände können dazu bestimmt sein, entweder dem Rechte oder nur dem Gebrauche oder der Nutzung nach (quoad sortem oder quoad usum) gemeinschaftlich zu werden[2]). Es ist im Allgemeinen quaestio facti, ob das Eine oder das Andere zutrifft (§ 73). Der Entwurf spricht nur in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[3]) in Abs. 2 aus, daß, wenn Geld oder andere vertretbare Sachen (§ 779), oder wenn unvertretbare Sachen nach einer nicht blos zum Zwecke der Gewinntheilung erfolgten Schätzung beizutragen sind, anzunehmen ist, daß diese Sachen dem Rechte nach gemeinschaftlich werden sollen. Diese Bestimmung ist namentlich in Beziehung auf unvertretbare Sachen keineswegs selbstverständlich, ihre Sachgemäßheit aber nicht zu bezweifeln. Fehlte sie im Gesetzbuche, so könnte ins-

Vermuthung.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 405 N. 1a, Seufferts Archiv XXV Nr. 105, 237, XXIX Nr. 235, Dernburg II § 224 Note 3.

[2]) Windscheid § 405 N. 13; Eccius II § 143 S. 352; code civil Art. 1851; sächs. G. B. § 1360; hess. Entw. Art. 363 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 537 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 771 Abs. 1.

[3]) S. vor allem H. G. B. Art. 91 Abs. 1. Vergl. Treitschke, unbeschränkte oblig. Erwerbgesellschaft §§ 32, 33, Vangerow, Pand. III § 651 A. 2, preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 201, 202, österr. G. B. § 1183, sächs. G. B. § 1366, hess. Entw. Art. 363 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 537, dresd. Entw. Art. 771 Abs. 2, code civil Art. 1851.

besondere die mangelnde Uebereinstimmung mit dem H. G. B. (Art. 91 Abs. 1) zu irrigen Folgerungen verleiten. Nach der Fassung der Bestimmung ist auch ein argumentum e contrario dahin, in anderen als den darin bezeichneten Fällen sei stets eine communio quoad usum anzunehmen, ausgeschlossen. Der Entwurf verweist im Uebrigen durchaus auf die Auslegung des Gesellschaftsvertrages. Wie die Fassung der Bestimmung weiter zeigt, ist sie so wenig, als diejenige des H. G. B., eine lex cogens; sie greift Platz, wofern nicht im Einzelfalle eine andere Intention des Einbringens erwiesen wird.

Verpflichtung zur Rechtsübertragung 2c.

Jeder Gesellschafter, welcher einen Gegenstand gemäß dem Gesellschaftsvertrage einzubringen hat, wird durch den Vertrag verpflichtet, alle Voraussetzungen zu erfüllen, welche nach der Natur des Gegenstandes und den maßgebenden Rechtsgrundsätzen zum Einbringen erforderlich sind, insbesondere, wenn die Gegenstände dem Rechte nach gemeinschaftlich werden sollen, die entsprechende Rechtsübertragung vorzunehmen. Der Entwurf (Abs. 3) verweist deshalb in dieser Richtung auf die betreffenden, für die Uebertragung des Gegenstandes geltenden Vorschriften. Abgelehnt ist hierdurch das dem Art. 91 des H. G. B. zu Grunde liegende Prinzip, daß durch ein gewisses Einbringen von Gegenständen in die Gesellschaft der Rechtsübertragungswille und die Annahme gleichsam ersetzt werden. Dieses Prinzip ist zwar für die Handelsgesellschaft (vergl. § 659) im Hinblicke auf die besondere Stellung ihrer Gläubiger von großer Bedeutung. Für die gewöhnliche Gesellschaft fehlt es aber an einem solchen Grunde, von den allgemeinen Grundsätzen über die Erfordernisse der Rechtsübertragung in Ansehung irgend eines Gegenstandes abzuweichen. Abgelehnt sind hiermit auch die Vorschriften des geltenden Rechtes (gemeines Recht, sächs. G. B. § 1389, dresd. Entw. Art. 775), wonach bei einer allgemeinen Vermögensgesellschaft der unmittelbare Vermögensübergang durch den Gesellschaftsvertrag selbst stattfinden soll (s. dagegen §§ 1342, 1343). Zu beachten ist ferner, daß, falls Grundstücke dem Rechte nach gemeinschaftlich werden sollen, die Formvorschrift des § 351 Platz greift.

Gemeinschaft zu bestimmten Antheilen.

Durch die Einbringung von Gegenständen dem Rechte nach entsteht kein Eigenthum der Gesellschaft im Gegensatze zu den Gesellschaftern, auch keine Einheit oder Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens im Sinne des franz. und preuß. Rechtes oder des H. G. B.[1]). Vielmehr steht an den einzelnen Gegenständen jedem Gesellschafter ein bestimmter, und zwar nach der Interpretationsregel des vierten Absatzes im Zweifel ein gleicher Antheil zu; es entsteht also an den gemeinschaftlich gewordenen Sachen ein Miteigenthum der Gesellschafter nach bestimmten Quoten, gemeinschaftlich gewordene Forderungen sind unter die Gesellschafter nach bestimmtem Maßstabe getheilt (nomina ipso jure divisa, § 320). Jeder Gesellschafter *kann* nach § 645 seinen Theil an den gemeinschaftlichen Gegenständen auch vor der Auseinandersetzung wirksam veräußern, und der Antheil eines Gesellschafters unterliegt der Zwangsvollstreckung zu Gunsten seiner Gläubiger. Es gilt hiernach das gemeinrechtliche

Veräußerlichkeit der Antheile.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 17 §§ 198, 263—268, 60—74; Eccius II § 143, III § 182; Zachariä § 377 A. 1, § 381 A. 7, § 382 A. 6, § 383 A. 5, 8, § 197; H. G. B. bes. Art. 119—122, 126, Hahn, Komm. I S. 374 ff., 382, 385, 437, 441.

Prinzip (§§ 631, 641, 644, 645, 320, 339—341, 762, 773; vergl. 827)[1]. Abgesehen von den nach § 659 konstituirten Gesellschaften ist für die durch den Entwurf geregelten Gesellschaften den Gesellschaftern auch nicht die Möglichkeit gegeben, die zwischen ihnen bestehende Gemeinschaft in einer an das System des preuß. oder franz. Rechtes, bezw. S. G. B. sich anschließenden Weise zu begründen, insbesondere ein anomales Miteigenthum zu schaffen (vergl. § 796, § 295 Abs. 2 und zu § 645, sowie zu § 949).

Haftung wegen Entwehrung und Mängel. Der Gesellschaftsvertrag, sofern er die Gesellschafter zu der Einbringung von Gegenständen dem Rechte nach verpflichtet, enthält zweifellos einen Vertrag im Sinne der §§ 370, 381 (§ 298); die Gesellschafter haften demnach einander für Gewährleistung des veräußerten Rechtes und wegen Mängel nach den allgemeinen Grundsätzen[2]. Bezüglich der nur zum Gebrauche oder der Nutzung eingebrachten Gegenstände entscheidet in dieser Richtung der Inhalt des Gesellschaftsvertrages (§ 359). Die Bestimmung des schweiz. Bd. Ges. (Art. 528), wonach diesfalls immer die Grundsätze des Miethvertrages entscheiden sollen, ist nicht unbedenklich.

h) Unmöglichwerden der Beitragsleistung. Der Entwurf giebt keine Bestimmung über den Fall, wenn einem Gesellschafter die Leistung seines Beitrages durch einen weder von ihm, noch von einem anderen Gesellschafter zu vertretenden Umstand unmöglich gemacht wird. Tritt eine solche Unmöglichkeit hinsichtlich des ganzen Gegenstandes ein, so zerfällt der Vertrag; bezieht sie sich nur auf einen Theil des zu leistenden Beitrages, so wird der betreffende Gesellschafter zwar von der Leistungspflicht insoweit befreit, verliert aber den Anspruch auf den entsprechenden Theil der Gegenleistung nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 237, 368). Wie aber in dem letzteren Falle das Rechtsverhältniß sich näher gestaltet, ob namentlich die Beiträge der anderen Gesellschafter oder nur der Gewinn als Gegenleistung anzusehen, und wie, wenn letzteres anzunehmen, die Minderung geschehen müsse, bleibt fraglich. Eine allgemeine Lösung der Frage durch das Gesetz ist nicht durchführbar. Ohne Eingreifen durch eine positive Bestimmung verfiele man einer unleidlichen Kasuistik ohne Garantie für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Entscheidungen. Es ist auch hier, wie in anderen komplizirten Vertragsverhältnissen, wo die Anwendung jener allgemeinen Grundsätze Schwierigkeiten bieten kann, nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, der Wissenschaft und Praxis den Weg zu weisen. Häufig werden diese Schwierigkeiten auch durch die Vorschriften über die Auflösung der Gesellschaft (vergl. z. B. §§ 651, 648) und bezw. durch eine dadurch nahegelegte neue Einigung der Gesellschafter ihre Erledigung finden.

i) Untergang ꝛc. eingebrachter Gegenstände. Tritt der zufällige Verlust oder die zufällige Deterioration des quoad sortem schon eingebrachten Gegenstandes ein, so trifft der Verlust die Gesellschafter nach Maßgabe des § 656 (vergl. mit § 630 Abs. 3); tritt solcher

---

[1]) Ebenso nach österr. G. B. §§ 1181—1183, Unger, österr. Priv. R. I S. 330, 416 Note 26, nach dem sächs. G. B., schweiz. Bd. Ges. und den neuen deutschen Entwürfen (dresd. Entw. Art. 771—773, 785, 789, 794, 795, 803).

[2]) Dernburg II § 219; code civil Art. 1845; Zachariä II § 380 A. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 528; hess. Entw. Art. 370, bayr. Entw. Art. 545, 546.

Verlust oder solche Verschlechterung in Ansehung eines nur zum Gebrauche oder zur Benutzung eingebrachten Gegenstandes ein, so hat der Gesellschafter, welcher ihn eingebracht hat, den Schaden zu tragen (§ 656 Abs. 1), während er nach dem Grundsatze des § 630 Abs. 3, in Ermangelung anderer Vereinbarung, gleichfalls nicht verpflichtet ist, einen anderen Gegenstand als Ersatz einzubringen[1]).

§ 632.

4. Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszweckes.

In der bestehenden Gesetzgebung wird vielfach theils in allgemeinerer Weise, theils konkret in Beziehung auf Erwerbsgesellschaften durch das Verbot von Konkurrenzgeschäften ausgesprochen, ein Gesellschafter dürfe nicht zum Nachtheile der Gesellschaft seinen eigenen Vortheil betreiben oder fördern[2]). Zu einer speziellen Vorschrift, welche die Erwerbsgesellschaften im Auge hätte, etwa nach Anleitung des H. G. B. Art. 96, 97, fehlt es für die durch das bürgerliche Gesetzbuch geregelten Gesellschaften an zureichenden Gründen (s. jedoch § 659). Wohl aber ist ein Prinzip aufzustellen, inwiefern der Gesellschafter nicht allein die versprochenen Beiträge zu leisten, sondern auch außerdem den Gesellschaftszweck zu fördern habe. Dies ergiebt sich bei der das rechtliche Verhältniß der Gesellschafter zu einander vorzugsweise beherrschenden Rücksicht auf die bona fides unmittelbar aus der Vorschrift des § 359 (zür. G. B. § 1242). Durch die auf § 359 verweisende Vorschrift wird zunächst das Mißverständniß ausgeschlossen, der Gesellschafter sei nur zur Leistung der versprochenen Beiträge verpflichtet. Wie die Anwendung des Prinzipes des Weiteren in einzelnen Fällen sich gestaltet, kann das Gesetz aber nicht bestimmen. Selbstverständlich hat der Gesellschafter sich einer die Erreichung des Gesellschaftszweckes vereitelnden Handlung zu enthalten, auch wenn er keinen besonderen Vortheil davon hätte. Andererseits läßt sich nicht behaupten, daß der Gesellschafter stets und immer sein Interesse dem Interesse der Gesellschaft nachzusetzen hätte. Die Umstände des einzelnen Falles sind maßgebend.

§ 633.

5. Haftung für Verschulden.

Der Entwurf ist gegenüber dem geltenden Rechte mit der Beschränkung der Haftung auf diejenige Sorgfalt, welche der Verpflichtete in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 145), äußerst sparsam[3]). Gerade das Gesellschaftsverhältniß ist aber vorzugsweise dazu angethan, dafür jene eigenthümlich modifizirte Haftung vorzuschreiben. Im Allgemeinen steht dies im

Diligentia quam in suis.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 406 Note 4, sächs. G. B. § 1363, schweiz. Bd. Ges. Art. 528, hess. Entw. Art 370, 371, bayr. Entw. Art. 543.

[2]) Oesterr. G. B. §§ 1185, 1186; code civil Art. 1848; sächs. G. B. § 1370; schweiz. Bd. Ges. Art. 536; hess. Entw. Art. 374, bayr. Entw. Art. 549 dresd. Entw. Art. 769, 772; H. G. B. Art. 96, 97.

[3]) Vergl. noch §§ 1279, 1317.

Einklange mit dem bestehenden Rechte, insbesondere mit der Vorschrift des H. G. B.[1]). Die Bestimmung bezieht sich übrigens, wie aus der Fassung erhellt, nur auf die Fälle, in welchen die Erfüllung einer gesellschaftlichen Verpflichtung in Frage steht, der Gesellschafter mithin als solcher und nicht in Folge eines besonderen Rechtsverhältnisses eine aus dem Gesellschaftsvertrage nicht entspringende Verpflichtung zu erfüllen hat.

§§ 634—637[2]).

6. Führung der Geschäfte.

a) Prinzip der Einstimmigkeit.

Der Entwurf stellt in § 634 als gesetzliche Regel das Prinzip der Einstimmigkeit aller Gesellschafter für die Führung der Geschäfte der Gesellschaft auf. Hiermit ist das entgegengesetzte Prinzip des franz. Rechtes, schweiz. Bd. Ges. und des H. G. B.[3]), wonach in Ermangelung anderer Vereinbarung jeder Gesellschafter zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte gleichmäßig berechtigt und verpflichtet ist und nur im Falle des Widerspruches eines Gesellschafters gegen die Vornahme einer Handlung diese unterbleiben muß, zurückgewiesen. Letzteres Prinzip steht im Widerspruche mit dem in Deutschland (abgesehen von dem Gebiete des franz. Rechtes) für die societas civilis geltenden Rechte[4]). Von diesem Rechte abzuweichen, wäre nicht gerechtfertigt. Das Prinzip des H. G. B. hat sich für die Handelsgesellschaft geschichtlich entwickelt und steht mit dem wirthschaftlichen Zwecke, sowie dem daraus im Laufe der Zeit hervorgegangenen rechtlichen Wesen der Handelsgesellschaft im engsten Zusammenhange (s. § 659). Es paßt nicht für die gewöhnliche Gesellschaft und ist sogar für eine große Zahl solcher Gesellschaften, und zwar gerade für die, welche sich auf die gewöhnlichen Verhältnisse des bürgerlichen Verkehres beziehen, völlig unanwendbar. Die Regel des Entwurfes gilt für alle Geschäfte der Gesellschaft, umfaßt sowohl den Abschluß von Rechtsgeschäften, als thatsächliche Leistungen, Arbeiten, Verrichtungen, wie solche in der konkreten Gesellschaft vorkommen und nöthig werden können. Bei der Allgemeinheit der Regel ist insbesondere auch nicht erforderlich, besonders hervorzuheben, daß auch für Gesellschaftsbeschlüsse Stimmeneinhelligkeit erforderlich ist. Der Entwurf unterscheidet in § 634 auch nicht, ob ein Gesellschafter sich nur zu einem Geldbeitrage verpflichtet hat. Eine Bestimmung, welche solche Gesellschafter von der Mitwirkung bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausschlösse (preuß. A. L. R. a. a. O. § 208, österr. G. B. § 1187), erscheint nicht als gerechtfertigt. Gemäß dem Prinzipe der Einstimmigkeit ist ein Gesellschafter

---

1) Windscheid § 406 Nr. 1, 2; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 211—214; sächs. G. B. § 1371; schweiz. Bd. Ges. Art. 538; hess. Entw. Art. 373 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 548 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 231; H. G. B. Art. 94.

2) Ueber die Haftung der Gesellschafter für Delikte, begangen von zur Geschäftsführung oder Vertretung befugten Mitgesellschaftern, vergl. die §§ 711—713.

3) Code civil Art. 1859; schweiz. Bd. Ges. Art. 534; H. G. B. Art. 102.

4) Treitschke § 18; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 206, 207, Dernburg II § 219; sächs. G. B. § 1367; vergl. hess. Entw. Art. 383 Abs. 1, 384 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 559, 566, dresd. Entw. Art. 779, 781.

zu Geschäften oder Handlungen, welchen er nicht zugestimmt hat, mitzuwirken nicht verpflichtet, selbst dann nicht, wenn dieselben vielleicht zur Erreichung des Gesellschaftszweckes sich als nothwendig oder förderlich erweisen und ohne seine Mitwirkung nicht erfolgen können. Aber selbstverständlich muß ein Gesellschafter, welcher in dem Gesellschaftsvertrage oder später, z. B. durch Zustimmung zu einem Beschlusse der übrigen Gesellschafter sich diesen gegenüber zu einer Rechtshandlung oder zu einem gewissen thatsächlichen Verhalten verpflichtet hat, diese Verpflichtung auch erfüllen (actio pro socio).

b) Abweichende Vereinbarung

Die gesetzliche Regel des § 634 ist nur eine dispositive. Durch den Gesellschaftsvertrag, und zwar sowohl durch den konstituirenden Vertrag, als durch eine nachträgliche Vereinbarung der Gesellschafter, kann über das rechtliche Verhältniß der Gesellschafter zu einander in Ansehung der Führung der Geschäfte ein Anderes vereinbart werden. Insbesondere kann in solcher Weise die Besorgung der Geschäfte allen Gesellschaftern nach Maßgabe der gesetzlichen Regel des H. G. B. überlassen werden (vergl. § 637). Allgemein anerkannt ist auch die Zulässigkeit einer Vereinbarung, daß Stimmenmehrheit in Ansehung aller oder gewisser Angelegenheiten der Gesellschaft entscheiden soll. Für letzteren Fall stellt der Entwurf § 635 die Auslegungsregel auf, daß die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter, d. h. nach der absoluten Mehrheit, zu berechnen sei. Auch dies steht im Einklange mit dem geltenden Rechte[1]). Ueber die hierbei sich ergebende Frage, ob der übereinstimmende Wille der Mehrheit die Anhörung der Minderheit entbehrlich mache, giebt der Entwurf keine Entscheidung, womit in jedem einzelnen Falle auf die Auslegung des Vertrages verwiesen wird[2]). Für die meisten Fälle wird sich allerdings die Auslegung rechtfertigen, daß der Minderheit das vorherige Gehör nicht versagt werden dürfe.

Stimmenmehrheit.

Uebertragung der Geschäftsführung an einzelne Gesellschafter.

In § 636 bestimmt der Entwurf, daß, falls in dem Gesellschaftsvertrage (oder in einem Nachtrage desselben) die Führung der Geschäfte der Gesellschaft einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, diese die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen, soweit die Berufung zu der Geschäftsführung nach dem Vertrage reicht, sowie daß, wenn mehrere Gesellschafter in solcher Weise zu der Geschäftsführung berufen sind, die §§ 634, 635 entsprechende Anwendung finden. Hierdurch ist einmal ausgedrückt, daß die berufenen Gesellschafter *als solche* aus dem Gesellschaftsvertrage ein ausschließliches Recht auf die Geschäftsführung innerhalb des Umfanges der Berufung haben (vergl. § 638), sodann aber in Konsequenz des in § 634 enthaltenen Prinzipes für den bezeichneten Fall die Regel aufgestellt, daß, entgegen dem

---

[1]) Sintenis § 121 A. 18; preuß. A. L. R. § 209; sächs. G. B. § 1367 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 532 Abs. 2; hess. Entw. Art. 383, bayr. Entw. Art. 566, dresd. Entw. Art. 779, 781. Nur das österr. G. B. §§ 1188, 833 stellt das gegentheilige Prinzip (Mehrheit nach Antheilen) auf.

[2]) Auch das preuß. A. L. R. (§ 209) schreibt für die gewöhnliche Gesellschaft keine Form in Ansehung der Majoritätsbeschlüsse vor, desgl. das sächs. G. B., das schweiz. Bd. Ges. und das H. G. B. für die Beschlüsse der Mitrheder Art. 458 (Entsch. d. R. O. H. G. XVI Nr. 69 S. 380 ff., XXII S. 292; vergl. H. G. B. Art. 266 ff.).

Prinzipe des H. G. B. (Art. 100)[1]), mehreren berufenen Gesellschaftern die Geschäftsführung kollektiv übertragen ist, also Einstimmigkeit der mehreren erforderlich ist, bezw. denselben die Geschäftsführung nur gemeinschaftlich zusteht. Auch für die mehreren berufenen Gesellschafter kann aber das Majoritätsprinzip als maßgebend eingeführt sein, welchenfalls die Bestimmung des § 635 gilt[2]).

c) Widerspruch gegen ein Geschäft.

In dem Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden nicht blos, daß jeder Gesellschafter für sich allein zur Geschäftsführung berechtigt sein solle, sondern auch, daß von mehreren zur Geschäftsführung berufenen Gesellschaftern jedem für sich allein das Recht zur Geschäftsführung zustehen soll. Im einen wie im anderen Falle muß die Vornahme einer Handlung (Rechts- oder thatsächlichen Handlung), zu welcher der Gesellschafter an sich berechtigt wäre, unterbleiben, falls auch nur einer der zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter Widerspruch erhebt. Hiermit schließt sich der Entwurf (§ 637) für die bezeichneten Fälle in angemessener Weise dem H. G. B. (Art. 99, 100, 102) an.

d) Umfang der Berufung zur Geschäftsführung.

Der Entwurf beschränkt die Berechtigung des einen oder der mehreren zu der Geschäftsführung berufenen Gesellschafter nicht durch Ausnahme bestimmter, wichtiger Geschäfte. Im Allgemeinen muß der betreffende Inhalt des Gesellschaftsvertrages ergeben, in welchem Umfange der oder die Gesellschafter zur Geschäftsführung berufen sind. Giebt der Vertrag diesfalls keine Spezialisirung oder Beschränkung, so wäre für die gewöhnliche Gesellschaft des Entwurfes mit einer Bestimmung, wie sie das H. G. B. (Art. 99, 103)[3]) enthält, daß nämlich zu Handlungen oder Geschäften, welche über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, immer die Zustimmung aller Gesellschafter nöthig sei, nichts gewonnen. Was unter dem gewöhnlichen Betriebe der gemeinschaftlichen Geschäfte zu verstehen sei, bliebe in hohem Maße dunkel und könnte doch nur durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden. Für die offene Handelsgesellschaft (§ 659) völlig angemessen, paßt jene Bestimmung als allgemeine Norm keineswegs für die gewöhnliche, unter das bürgerliche Recht fallende Gesellschaft, welche von der verschiedensten Art und auf die mannigfachsten Zwecke gerichtet sein kann. Daneben versteht sich von selbst, daß auch ein ganz unbeschränkt zur Geschäftsführung berufener Gesellschafter zu Geschäften, welche dem Zwecke der Gesellschaft fremd sind (H. G. B. Art. 103), durch seine Berufung nicht berechtigt wird; um durch derartige Geschäfte die übrigen Gesellschafter zu verpflichten, bedürfte es geradezu des Abschlusses eines neuen Gesellschaftsvertrages. Zu einer Beschränkung hinsichtlich der Bestellung eines Prokuristen oder Generalbevollmächtigten[4]) ist für die gewöhnliche Gesellschaft vollends kein Bedürfniß.

---

[1]) Ebenso code civil Art. 1856, 1857; schweiz. Bd. Ges. Art. 534; bayr. Entw. Art. 561.

[2]) Vergl. hess. Entw. Art. 384, dresd. Entw. Art. 779, 780.

[3]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 535.

[4]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 535, H. G. B. Art. 104.

§ 638.

Die Bestimmung des § 638 zieht die Konsequenzen aus der Auffassung, daß, falls einem oder mehreren Gesellschaftern in dem Gesellschaftsvertrage die Befugniß zur Geschäftsführung eingeräumt ist, diese Einräumung einen Theil des Gesellschaftsvertrages bildet, der betreffende Gesellschafter demnach als solcher zur Führung der Geschäfte verpflichtet ist, sich denselben nicht entziehen kann (actio pro socio), andererseits ihm auch die Befugniß zur Geschäftsführung von den Gesellschaftern nicht willkürlich entzogen werden kann (Abs. 2), weil er als Gesellschafter das Recht auf die Geschäftsführung hat, dieses Recht für ihn ein Gesellschaftsrecht bildet. Die Mandatsgrundsätze greifen hiernach nicht Platz; die Berufung zur Geschäftsführung in dem Gesellschaftsvertrage ist kein Mandat, wenn auch auf die hieraus resultirenden Verpflichtungen im Einzelnen Mandatsgrundsätze anzuwenden sind (§ 639). Der Entwurf steht insoweit im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte[1]) im Einklange. Nur das preuß. A. L. R. erklärt anscheinend auch in der fraglichen Beziehung die Mandatsgrundsätze für anwendbar. Die Nothwendigkeit der Unterscheidung, ob die Befugniß und die Pflicht zur Geschäftsführung einem Gesellschafter als solchem durch einen Theil des Gesellschaftsvertrages übertragen oder ihm die Führung eines oder mehrerer Geschäfte nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, sondern lediglich kraft eines gewöhnlichen Mandates aufgetragen worden, ist jedoch eine nothwendige, in der Natur der Sache begründete. Ein Gesellschaftsrecht und eine Gesellschaftspflicht ist etwas von Recht und Pflicht aus dem Mandate durchaus Verschiedenes. Nur darf das entscheidende Moment nicht lediglich darin gefunden werden, ob die Geschäftsführung einem Gesellschafter in dem begründenden Gesellschaftsvertrage oder in einem späteren Vertrage übertragen wird, sondern darin, ob diese Uebertragung einen Theil des Gesellschaftsvertrages, sei es kraft ursprünglicher oder kraft späterer Festsetzung dieses Vertrages, bildet. Handelt es sich um ein Mandat, so entscheiden auch rücksichtlich des Widerrufes und der Kündigung die allgemeinen Mandatsgrundsätze (§§ 597, 598).

e) Wesen der im Gesellschaftsvertrage eingeräumten Geschäftsführung; Kündigung.

Schon die Bestimmung, daß dem geschäftsführenden Gesellschafter die Befugniß zur Geschäftsführung von den übrigen Gesellschaftern beim Vorliegen wichtiger, nach den Umständen des Falles die Entziehung rechtfertigender Gründe entzogen werden kann (Abs. 1), steht mit der erwähnten Auffassung in einem gewissen Widerspruche, sofern es sich um eine Aenderung des Gesellschaftsvertrages handelt, welcher hierdurch in einer gewissen Richtung einen anderen Inhalt erhält, was unter Umständen für den ganzen Vertrag von der größten Bedeutung sein kann. Die Zulassung des Widerrufes unter der gedachten Voraussetzung ist jedoch, wie ein Blick auf das geltende Recht zeigt, ein absolutes Bedürfniß; in Ermangelung derselben bliebe in vielen Fällen nur die Auflösung der Gesellschaft übrig. Jeder Gesellschaftsvertrag kann überdies

Widerruf der Befugniß aus wichtigen Gründen

---

[1]) Code civil Art. 1856; sächs. G. B. Art. 1368; schweiz. Bb. Ges. Art. 539; hess. Entw. Art. 384, 385, 386, bayr. Entw. Art. 562, 563, 564, dresd. Entw. Art. 782; H. G. B. Art. 101. Nur das preuß. A. L. R. (§ 210) verweist lediglich auch für den in § 638 bezeichneten Fall auf die Mandatsgrundsätze: Dernburg II § 219 N. 9.

als unter der stillschweigenden Vereinbarung geschlossen angesehen werden, die Befugniß zur Geschäftsführung könne zutreffendenfalls entzogen werden. In Uebereinstimmung mit dem H. G. B. (Art. 101) gestattet der Entwurf, ohne bestimmte Gründe als ausschließlich berechtigende aufzuzählen, die Entziehung der Geschäftsführung aus einem wichtigen, nach den Umständen des Falles die Entziehung rechtfertigenden Grunde (code civil Art. 1856: cause legitime; schweiz. Bd. Ges. Art. 539)[1]). Ob ein solcher vorhanden, hat auf Anrufen der Richter zu entscheiden. Der Entwurf fügt nur zwei Fälle bei, in denen ein wichtiger Grund vorliegt: wenn der Gesellschafter sich einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, also bei der objektiven Pflichtverletzung schuldhaft handelte, oder zu der ordnungsmäßigen Geschäftsführung unfähig geworden ist. Für diese beiden Fälle bestimmt der Entwurf aber, abweichend vom H. G. B. (Art. 101 Abs. 3), daß im Falle ihres Vorliegens die Entziehung als gerechtfertigt erkannt werden müsse (Abs. 1 Satz 2). — Die Entziehung betrifft, wie die Fassung des § 638 ergiebt, nur die über die Vorschrift des § 634 hinaus eingeräumte Befugniß zur Geschäftsführung. Darüber, welche weiteren Folgen sich an die berechtigte Entziehung dieser Befugniß in Ansehung der ferneren Führung der Gesellschaftsgeschäfte knüpfen, läßt sich nichts bestimmen. Es entscheidet der Gesellschaftsvertrag; wenn dieser schweigt, greifen die subsidiären Rechtsnormen (§ 634) ein.

durch Gesellschaftsbeschluß.

Die Entziehung der Geschäftsführung kann, wenn zulässig, nicht durch einen einzelnen Gesellschafter erfolgen, sondern erfordert ein Zusammenwirken aller Gesellschafter, bei welchem die bloße Mehrheit nur dann entscheidet, wenn dies in dem Vertrage bestimmt ist, selbstverständlich mit Ausschluß des Gesellschafters, um dessen Abberufung es sich handelt („übrigen Gesellschafter" § 638 Abs. 1 Satz 1). Die vertragsmäßige Ausschließung einzelner Mitglieder von der Geschäftsführung kommt hierbei nicht in Betracht, da die Abberufung nicht zu den Geschäften der Gesellschaft gehört.

§ 639.

f) Anwendung von Mandatsgrundsätzen.

Wenn die Berufung zur Geschäftsführung sich in dem Gesellschaftsvertrage gründet, müssen die in Ansehung der Rechte und Pflichten des Berufenen für das Gesellschaftsverhältniß maßgebenden Rechtsnormen in erster Linie ihre Geltung behaupten, und können nur gewisse Rechtsnormen über den Auftrag entsprechende Anwendung finden[2]), nämlich die im Entwurfe speziell aufgeführten §§ 585, 588—596.

Durch das Zitat des § 585 wird betont, daß der berufene Gesellschafter die Verbindlichkeit zur Erfüllung der übernommenen Geschäftsführung hat. Gemäß § 588 hat der zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter vermöge seiner Vertrauensstellung seine Verpflichtungen im Zweifel in Person zu erfüllen, und findet in Ansehung einer von ihm befugter Weise vorgenommenen Ueber-

---

[1]) Vergl. §§ 566, 598 Abs. 3, § 625.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 210; sächs. G. B. § 1368; schweiz. Bd. Ges. Art. 540 Abs. 1; hess. Entw. Art. 384, 385, bayr. Entw. Art. 560, dresd. Entw. Art 780.

tragung der Geschäfte auf einen Anderen oder Zuziehung eines Gehülfen die Vorschrift des § 589 (vergl. mit § 633) Anwendung, desgleichen bezüglich der Umstände, unter welchen er von einer Anweisung der Gesellschafter abweichen darf, diejenige des § 590. Der berufene Gesellschafter ist nach Maßgabe des § 591 verpflichtet, den anderen Gesellschaftern Rechenschaft abzulegen, bezw. Rechnung zu legen (§ 777)[1]. Er muß den Mitgesellschaftern dasjenige, was er zum Zwecke der Geschäftsführung erhalten, sowie dasjenige, was er aus der Geschäftsführung erlangt hat, mit Einschluß der gezogenen Nutzungen herausgeben (vergl. § 641), und muß, wenn er Gelder, welche in dieser Weise herauszugeben oder für den Gesellschaftszweck zu verwenden sind, in eigenem Nutzen verwendet, dieselben von der Zeit der Verwendung an verzinsen[2]. So wenig als für das Mandat, ist jedoch hier die Bestimmung einer besonderen Verzinsungspflicht für die Fälle am Platze, wenn er abzuliefernde Gelder nicht rechtzeitig abliefert, die Einziehung von Ausständen oder die verzinsliche Anlegung von Geldern schuldhaft unterlassen hat; es kommen diesfalls die allgemeinen Grundsätze über Verzug und Schadensersatz zur Anwendung. Der berufene Gesellschafter kann ferner nach Maßgabe des § 594 Vorschuß verlangen und hat wegen seiner Aufwendungen die in § 595 bezeichneten Rechte. Auf eine besondere Vergütung für seine Bemühungen bei der Geschäftsführung hat er einen Anspruch nur dann und insoweit, als ihm eine solche im Gesellschaftsvertrage zugesichert worden ist. Eine Zusicherung kann selbstverständlich unter Umständen auch als stillschweigend ertheilt anzunehmen sein, z. B. wenn der Gesellschafter nicht vorherzusehende Dienste geleistet hat, welche zu seinem Berufe gehören[3]. Wenn dem Gesellschafter für seine Dienstleistungen hiernach ein Anspruch auf Vergütung zusteht, so darf er nicht schlechter wie ein Beauftragter gestellt werden; es gilt die Vorschrift des § 596. Jedoch greifen hinsichtlich der Frage, ob der Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft die Befriedigung von den Gesellschaftern verlangen kann, von besonderer vertragsmäßiger Verabredung abgesehen, die allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Verwirklichung der einem geschäftsführenden Gesellschafter aus der Geschäftsführung zustehenden Ansprüche (actio pro socio) ein. Bezüglich dieser Ansprüche steht der im Gesellschaftsvertrage zur Geschäftsführung berufene Gesellschafter den anderen Gesellschaftern im Allgemeinen nach dem Wesen des Gesellschaftsvertrages nicht in gleicher Weise gegenüber, wie ein Dritter, welcher

Vergütung für die Geschäftsführung.

---

[1] Windscheid § 406 N. 7, § 430 N. 9; Seufferts Archiv XXV Nr. 105, XXIX Nr. 135, I Nr. 212, XXXIII Nr. 261; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. III Nr. 8, XIV S. 87, XXIII Nr. 32; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 90; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 219—223; österr. G. B. §§ 1198—1200; sächs. G. B. § 1374; schweiz. Bd. Ges. Art. 541; hess. Entw. Art. 384, 385, bayr. Entw. Art. 560, dresd. Entw. Art. 780, 699; H. G. B. Art. 270.

[2] Windscheid § 406 N. 7, 8, l. 67 pr. D. pro socio 17, 2; code civil Art. 1846, 1847; sächs. G. B. §§ 1372, 1373; schweiz. Bd. Ges. Art. 529; bayr. Entw. Art. 550 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 780.

[3] Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 228, 229, 212; österr. G. B. § 1193; schweiz. Bd. Ges. Art. 537 Abs. 3; vergl. H. G. B. Art. 93 Abs. 3, hierzu Entsch. d. vorm. R. O. H. G. III S. 230, 232, IV Nr. 77 S. 379, Hahn, Kommentar S. 327.

einen Anspruch gegen die Gesellschafter aus einem für diese abgeschlossenen Geschäfte erworben hat. Die dem geschäftsführenden Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Verpflichtungen bringen regelmäßig mit sich, daß jener auch seine Rechte aus der Geschäftsführung mit der actio pro socio geltend zu machen hat, woraus sich ergiebt, daß er, so lange die Gesellschaft besteht, nur aus dem Gesellschaftsvermögen, einschließlich der etwa noch zu leistenden Beiträge, in Ermangelung eines Gesellschaftsvermögens aber erst dann seine Befriedigung nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages verlangen kann, wenn die Zeit der Repartition von Gewinn oder Verlust (§ 646) gekommen ist, also je nach den Umständen erst bei der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft (§ 656). Hierbei wird der unter den Gesellschaftern geltende Grundsatz von Bedeutung, daß kein Gesellschafter mehr als den vertragsmäßigen Beitrag zu leisten schuldig ist (§ 630 Abs. 4). Alles dies ergiebt sich aus dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses. Eine besondere Bestimmung ist diesfalls nicht erforderlich, wie auch alle modernen Kodifikationen diesfalls schweigen[1]). Vorsorglich ist endlich — behufs des richtigen Verständnisses des § 639 — noch auf die Vorschrift des § 633 verwiesen, welche insbesondere auch für die Anwendung der Vorschrift des § 595 Abs. 1 Satz 2 gilt.

g) Gesellschafter als Mandatar oder negotiorum gestor.

Ist ein Gesellschafter nicht als solcher, sondern kraft eines gewöhnlichen Mandates mit der Führung von Geschäften der Gesellschaft betraut, so gelten wie überhaupt, so selbstverständlich auch in Ansehung der in § 639 hervorgehobenen Richtungen, ohnedies die Mandatsgrundsätze. Ein Gesellschafter ferner, welcher ohne Berufung durch den Gesellschaftsvertrag (§§ 634—637) oder durch Mandat Geschäfte für die Gesellschaft führt, untersteht den allgemeinen Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag, was insbesondere auch im Falle des Eingreifens bei Gefahr im Verzuge gilt[2]).

h) Compensatio lucri et damni.

Im Anschlusse an das gemeine Recht wird in der bestehenden Gesetzgebung besonders ausgesprochen, daß ein Gesellschafter, welcher durch sein Verschulden der Gesellschaft Schaden verursacht habe, hiergegen nicht die Vortheile aufrechnen dürfe, welche er der Gesellschaft in anderen Fällen durch seine Sorgfalt zugewendet habe[3]). Es handelt sich aber um einen allgemeinen Grundsatz, daß derjenige, welcher eine ihm obliegende Verpflichtung verletzt hat und dadurch zum Schadensersatze verpflichtet worden ist, zur Ablehnung dieser Verpflichtung sich nicht darauf berufen darf, daß er andere in demselben Rechtsverhältnisse sich gründende Verpflichtungen vollständig und mit bestem Erfolge erfüllt habe. Von selbst versteht sich hierbei, daß, insofern es sich um die Bemessung eines zu ersetzenden Schadens handelt, der aus der Pflichtverletzung entsprungene Vortheil auf die Ersatzsumme abzurechnen ist.

---

[1]) Vergl. württemb. Archiv XVI S. 411, Seufferts Archiv XXX Nr. 208, Entsch. d. R. O. H. G. XIII Nr. 51 S. 145; Hahn, Kommentar I S. 465, 468 ff.

[2]) Sächs. G. B. § 1369; schweiz. Bd. Ges. Art. 540 Abs. 2; hess. Entw. Art. 387, bayr. Entw. Art. 565, dresd. Entw. Art. 780.

[3]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 215; österr. G. B. § 1191; code civil Art. 1850; schweiz. Bd. Ges. Art. 538; hess. Entw. Art. 373, bayr. Entw. Art. 548 dresd. Entw. Art. 788; H. G. B. Art. 94.

Gleichfalls aus dem gemeinen Rechte ist in moderne Gesetze die Bestimmung übergegangen, daß ein Gesellschafter, welcher bei Besorgung gemeinschaftlicher Angelegenheiten durch Zufall einen Schaden erlitten hat, welchen er nicht erlitten haben würde, wenn er diese Angelegenheiten nicht geführt hätte, diesfalls von den übrigen Gesellschaftern verhältnißmäßigen Ersatz fordern dürfe. Der Entwurf verweist auch in dieser Richtung durch Schweigen auf allgemeine Grundsätze. Hiernach muß derjenige, welcher zu einer Leistung verpflichtet ist, auch den Schaden tragen, welchen er bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung erleidet. Dies gilt insbesondere auch für gegenseitige Verträge, sofern nicht ein Anderes ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. Von diesen Grundsätzen in Ansehung des Gesellschaftsvertrages abzuweichen, wäre weder durch Zweckmäßigkeits- oder Billigkeitsrücksichten, noch aus einem anderen Grunde gerechtfertigt. Die gleichen Rücksichten sprächen zum Mindesten in gleichem Maße für eine ähnliche Bestimmung zu Gunsten des Mandatars, welcher in der gedachten Richtung gleichfalls nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist[1]). i) Schaden bei Besorgung von Gesellschaftsgeschäften.

§ 640.

Die Befugniß der Gesellschafter zur gegenseitigen Vertretung (§§ 115 ff.) bestimmt sich an sich nach allgemeinen Grundsätzen[2]). Es entsteht aber die praktisch wichtige Frage, ob, wenn einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugniß zur Geschäftsführung zusteht, in der Ertheilung dieser Befugniß zugleich, soweit dieselbe reicht, eine Vollmacht (§ 118) zu finden ist. Der Entwurf (Abs. 1) stellt gegen das schweiz. Bd. Ges. Art. 543 Abs. 3 die Auslegungsregel auf, daß die fragliche Vollmachtsertheilung als gewollt anzusehen sei (vergl. preuß. A. L. R. I, 17 §§ 210, 231). Bei Verneinung der Bevollmächtigung würden der oder die zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter bei Besorgung der Angelegenheiten der Gesellschaft alle Rechtsgeschäfte im eigenen Namen abzuschließen genöthigt sein, hieraus aber im Widerspruche mit der regelmäßigen Parteiintention mancherlei Weiterungen und Verwickelungen, unter Umständen auch Nachtheile für die mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafter entstehen. Nach der Auslegungsregel des Entwurfes gilt der betreffende Gesellschafter als zur Vertretung der übrigen Gesellschafter nur insoweit bevollmächtigt, als die ihm nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugniß zur Geschäftsführung reicht (vergl. §§ 636, 637). Zu einer weitergehenden Bestimmung (H. G. B. Art. 114 ff.) liegt kein Bedürfniß vor. 7. Gegenseitige Vertretung der Gesellschafter. Vollmacht verbunden mit der Geschäftsführung.

In Abs. 2 ist weiter bestimmt, daß die in dem Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter ertheilte Vollmacht zur Vertretung der übrigen Gesellschafter Widerruf der im Gesellsch.-Vertrage ertheilten Vollmacht,

---

[1]) Vergl. Windscheid § 406 Note 11, § 410 Note 18; preuß. A. L. R. a. a. O. § 227; code civil Art. 1852; sächs. G. B. § 1376; schweiz. Bd. Ges. Art. 537; hess. Entw. Art. 388, dresd. Entw. Art. 784; H. G. B. Art. 93 Abs. 1.

[2]) Windscheid § 407; preuß. A. L. R. I, 17 §§ 230 ff.; österr. G. B. § 1201; sächs. G. B. § 1378; schweiz. Bd. Ges. Art. 543; hess. Entw. Art. 391, dresd. Entw. Art. 794.

nur dann widerrufen werden könne, wenn die Entziehung der Befugniß zur Geschäftsführung gerechtfertigt sein würde, d. h. unter den in § 638 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen. Die Regel der freien Widerruflichkeit der Vollmacht (§ 119) ist also insoweit durchbrochen. Bei Zulassung des freien Widerrufes würde durch dessen Ausübung die Rechtsstellung des betreffenden Gesellschafters zu seinem Nachtheile eine wesentliche Aenderung erleiden, welcher, wie im Falle des § 638, vorzubeugen ist, weil bei Ertheilung der Vollmacht im Gesellschaftsvertrage auch die Vollmacht des Gesellschafters einen wesentlichen Theil seiner Vertragsrechte bildet. An sich wäre von diesem Gesichtspunkte aus eine solche Bevollmächtigung überhaupt nicht widerruflich. Dieselben Erwägungen, welche die ausnahmsweise Entziehbarkeit der im Gesellschaftsvertrage übertragenen Befugniß zur Geschäftsführung rechtfertigen, nöthigen aber auch zur entsprechenden Bestimmung in Ansehung der Widerruflichkeit einer derartigen Vollmacht. Ist ferner in dem Gesellschaftsvertrage die Vollmacht in Verbindung mit der Befugniß zur Geschäftsführung ertheilt, so ergäbe sich aus der Möglichkeit, daß nur die letztere oder nur die Vollmacht entzogen würde, gleichfalls ein mit dem Vertragsinhalte nicht in Einklang zu bringender, die Rechtsstellung des Betheiligten in unzulässiger Weise wesentlich ändernder Erfolg. Dem beugt die Bestimmung vor, daß solchenfalls die Vollmacht nur zusammen mit der Befugniß zur Geschäftsführung widerrufen werden kann. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Auslegungsregel des ersten Absatzes Platz greift.

Kündigung. Endlich findet auf die im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter ertheilte Vollmacht auch die Vorschrift des § 638 Abs. 2 Anwendung. Der Gesellschafter ist nicht berechtigt, sich der Vertretung der übrigen Gesellschafter zu entziehen, weil er nicht blos ein vertragsmäßiges Recht überkam, sondern als Gesellschafter auch die vertragsmäßige Verpflichtung zur Vertretung der übrigen Gesellschafter übernommen hat.

Die einem Gesellschafter nicht als solchem in dem Gesellschaftsvertrage ertheilte Vollmacht zur Vertretung der anderen Gesellschafter untersteht in Ansehung der Erlöschungsgründe den allgemeinen Grundsätzen (§ 119).

§ 641.

8. Erwerb für die Gesellschaft. Der Erwerb, welchen ein zur Vertretung bevollmächtigter Gesellschafter aus der Führung der Geschäfte der Gesellschaft macht, ist dazu bestimmt, allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu werden. Dies folgt aus dem Wesen und Zwecke des Gesellschaftsverhältnisses und ist im geltenden Rechte allgemein anerkannt, wenn auch nicht überall ausgesprochen[1]). Der Entwurf zieht mit der gebotenen Unterscheidung, je nachdem der bezeichnete Gesellschafter im Namen der Gesellschaft für sie erwarb (§ 631), oder ob er zunächst den Erwerb aus der Geschäftsführung in eigenem Namen machte, die geeigneten Konsequenzen (vergl. §§ 639, 592).

Anspruch auf Gemeinschaftlichmachen des Erwerbes. In Ansehung der hieraus resultirenden Ansprüche der übrigen Gesellschafter gegen den die Geschäfte der Gesellschaft führenden Gesellschafter gilt das Gleiche, was zu § 639 in Ansehung der Ansprüche des geschäftsführenden

[1]) Windscheid § 406 Nr. 3; sächs. G. B. § 1373; schweiz. Bd. Ges. Art. 529, 544 Abs. 1, 2; bayr. Entw. Art. 550 Abs. 1; preuß. A. L. R. a. a. O. § 233.

Gesellschafters aus der Geschäftsführung gegen die Mitgesellschafter bemerkt wurde. Auch diesfalls stehen die letzteren dem geschäftsführenden Gesellschafter nicht dergestalt gegenüber, daß sie in Anwendung des Grundsatzes „nomina ipso jure divisa" ohne Weiteres denselben gemäß § 320 jeder für sich auf einen verhältnißmäßigen Theil der ihm obliegenden Leistung, um diesen Theil für sich zu erhalten, belangen könnten. Auch abgesehen von der Vorschrift des § 339 kann, entsprechend dem Wesen und Zwecke des Gesellschaftsvertrages, jeder nur verlangen, daß an alle Gesellschafter gemeinsam oder so geleistet werde, daß der Gegenstand der Leistung allen gemeinschaftlich werde. Dies folgt aus dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses, wie aus den Vorschriften der §§ 641, 631. Einem Gesellschafter, welcher in der bezeichneten Weise den geschäftsführenden Gesellschafter nur auf seinen Antheil belangen wollte, stände die noch in § 339 eine besondere Stütze findende Einrede entgegen, daß in der Erhebung eines solchen Anspruches eine Verletzung der in dem Gesellschaftsvertrage übernommenen Verpflichtungen liege, woraus dann weiter folgt, daß nur die Leistung an alle Gesellschafter, damit ihr Gegenstand gemeinschaftlich werde, verlangt werden kann. Gemäß der Regel des § 644 sind derartige Ansprüche überdies unübertragbar.

§ 642.

9. Rechtsgeschäfte mit Dritten: Verpflichtung der Gesellschafter: a) Geltendes Recht.

Die Vorschrift bestimmt darüber, in welcher Weise und in welchem Umfange die einzelnen Gesellschafter aus einem mit einem Dritten für alle Gesellschafter wirksam abgeschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet werden, sei es, daß die Gesellschafter sämmtlich, oder für sie ein zur Vertretung der Gesellschafter berechtigter Gesellschafter oder ein außerhalb der Gesellschaft stehender Bevollmächtigter mit dem Dritten das Geschäft abschlossen. Nach gemeinem Rechte wird in Ansehung der Verpflichtung der Gesellschafter unterschieden zwischen den Fällen, wo die sämmtlichen Gesellschafter mit dem Dritten kontrahirt haben und wo ein Gesellschafter oder ein Dritter als Vertreter das Geschäft mit dem Dritten für die Gesellschaft abschloß. Ersterenfalls wird Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter pro rata, und zwar nach der herrschenden, jedoch von gewichtiger Seite bestrittenen Ansicht pro rata der Antheile der Gesellschafter am Gewinne und Verlust, nicht nach Kopftheilen angenommen. Für den zweiten Fall wird Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter in solidum angenommen, wiewohl neuerdings in Theorie und Praxis auch diesfalls die Ansicht vertreten wird, daß im Zweifel nur die Annahme antheilmäßiger Verpflichtung berechtigt sei[1]). Nach preuß. Rechte finden gegen die Gesellschafter, wenn sie sich einem Dritten aus einem von ihnen gemeinschaftlich oder durch ihren Bevollmächtigten geschlossenen Vertrage verpflichtet haben, die Vorschriften des A. L. R. über Korrealverträge Anwendung. Jedoch kann der Gläubiger, wenn ihm die Aufhebung der Gesellschaft bekannt

[1]) Windscheid § 407 Note 7; württemb. Archiv XI S. 6 ff., XIV S. 317 ff., Seufferts Archiv XV Nr. 111, XX Nr. 127.

gemacht worden ist, nur ein Jahr nach geschehener Bekanntmachung einen Gesellschafter auf das Ganze belangen; nach Jahresfrist haftet ihm jeder Gesellschafter nur nach Verhältniß seines Gesellschaftsantheiles[1]). Von den übrigen modernen Kodifikationen bestimmen das österr. und das sächs. G. B., der code civil, der hess. Entw. und der dresd. Entw. Verpflichtung der einzelnen Gesellschafter pro rata, und zwar die beiden erstgenannten Gesetzbücher im Verhältnisse ihrer Gesellschaftsantheile, die anderen zu gleichen Antheilen. Das schweiz. Bd. Ges. und bayr. Entw. statuiren für alle Fälle solidarische Haftbarkeit der Gesellschafter[2]). Die Regel, daß die Gesellschafter als Gesammtschuldner (§§ 321 ff.) haften, wäre für die nicht nach Handelsrecht zu beurtheilende, bezw. nicht unter die Vorschrift des § 659 fallende Gesellschaft (H. G. B. Art. 112) höchst bedenklich. Sie enthielte eine schwer zu rechtfertigende Abweichung von dem Prinzipe des § 320. Dieses Prinzip erheischt vielmehr die Aufstellung der Auslegungsregel: die Gesellschafter werden dem Dritten zu gleichen Antheilen verpflichtet. Abzusehen ist davon, den Antheil am Gewinne und Verluste als Maßstab für die Theilhaftung zu bestimmen. Die Rechte des Dritten, auch wenn ihm bekannt gewesen, daß die Gesellschafter als solche oder zur Erreichung des Gesellschaftszweckes gehandelt haben, dürfen nicht nach dem ihm fremden Gesellschaftsverhältnisse bemessen werden. Soll nach diesem Verhältnisse die Haftung der Gesellschafter sich bestimmen, so liegt diesen ob, eine dahin zielende Vereinbarung mit dem Dritten herbeizuführen. Die Regelung des Entwurfes ist überdies geeignet, vielen Streitigkeiten vorzubeugen, somit auch aus praktischen Gründen zu bevorzugen. Es versteht sich, daß die Gesellschafter, soweit sie dem Dritten verpflichtet sind, ihm mit ihrem ganzen Vermögen haften.

b) Entwurf: Verpflichtung zu gleichen Antheilen.

Berechtigung zu gleichen Antheilen.

In Betreff der Berechtigung des einzelnen Gesellschafters aus den für die Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäften gegen den Dritten stellt der Entwurf gleichfalls im Anschlusse an das Prinzip des § 320 in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, sowie, abgesehen vom preuß. Rechte, mit dem sonstigen modernen Rechte[3]) die gleiche Auslegungsregel auf, wie für die Haftung der Gesellschafter gegen den Dritten; auch hier findet, in Ermangelung einer anderen Abrede, das innere Gesellschaftsverhältniß aus gleichen Gründen wie hinsichtlich der Verpflichtung gegenüber dem Dritten keine Berücksichtigung. Der Vorschrift des § 645 Abs. 1 ist hierdurch nicht vorgegriffen. Die Vorschrift des § 643 gilt sowohl während des Bestehens, als nach Auflösung der Gesellschaft. Durch die Auflösung wird an dem Verhältnisse der (ehemaligen) Gesellschafter zu den Gläubigern nichts geändert.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 17 §§ 230—232, 239, 307—310, §§ 236—238.

[2]) Oesterr. G. B. §§ 1201, 1203; sächs. G. B. § 1378; code civil Art. 1862 bis 1864; hess. Entw. Art. 390, 391, dresd. Entw. Art. 795; schweiz. Bd. Ges. Art. 543, 544 Abs. 3; bayr. Entw. Art. 568. Vergl. H. G. B. Art. 112, 269, 280, 281, 472.

[3]) Windscheid § 406 Note 7; österr. G. B. § 1203; sächs. G. B. § 1378; schweiz. Bd. Ges. Art. 544 Abs. 2; hess. Entw. Art. 390, 391, dresd. Entw. Art. 795; für das preuß. Recht s. A. L. R. I, 17 §§ 230, 239, Eccius II § 143 S. 365; vergl. H. G. B. § 269. Abweichend, außer dem preuß. Rechte, auch der bayr. Entw. Art. 569.

§ 643.

10. Information über den Stand der Gesellschaft.

Die Vorschrift schließt sich dem Art. 105 des H. G. B. an und stimmt im Wesentlichen mit dem gemeinen Gesellschaftsrechte überein. Ihre Aufnahme ist um so nöthiger, als die in § 639 für anwendbar erklärte Vorschrift des § 591, betreffend die Rechenschaftspflicht des Mandatars, den in § 643 bezeichneten besonderen Fall nicht deckt. Die positive Bestimmung des zweiten Absatzes ist zumal aus praktischen Gründen nicht zu entbehren[1]).

§ 644.

11. Betheiligung eines Dritten am Antheile eines Gesellschafters.

In der bestehenden Gesetzgebung finden sich nur Vorschriften über die Wirkung der Abtretung des einem Gesellschafter zustehenden Antheiles am Gesellschaftsvermögen oder der Betheiligung des Dritten an dem Antheile. Diese Vorschriften erreichen den beabsichtigten Zweck nicht, und sind solche in der bezeichneten Richtung[2]) auch nicht erforderlich. Der Beitritt oder die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in ein bestehendes Sozietätsverhältniß kann nur erfolgen durch Abschluß eines neuen Sozietätsvertrages zwischen den seitherigen Gesellschaftern einerseits und dem neuen Gesellschafter andererseits; ein Gesellschafter kann für sich allein einen neuen Gesellschafter in die bestehende Gesellschaft nicht aufnehmen, und wird derjenige, an welchen ein Gesellschafter seine übertragbaren Ansprüche aus dem bestehenden Gesellschaftsverhältnisse abtritt, nicht Gesellschafter. Dies ist selbstverständlich. Ein Gesellschafter kann aber für seine Person in Ansehung des ihm zustehenden Antheiles mit einem Dritten einen Gesellschaftsvertrag abschließen (socius admissus, l. 19—23 D. h. t. 17, 2). Daß auch solchenfalls der Dritte nicht in das bestehende Gesellschaftsverhältniß eintritt, weder die Rechte noch die Pflichten eines Gesellschafters gegenüber den Mitgesellschaftern seines Mitkontrahenten erhält, ist ebenso selbstverständlich. Seine Rechte und Pflichten gegenüber dem letzteren beurtheilen sich nach dem zwischen ihnen geschlossenen Gesellschaftsvertrage; insbesondere, ob und inwieweit er die Abtretung der seinem Mitkontrahenten gegen dessen Gesellschafter zustehenden Forderungen, deren Zessibilität vorausgesetzt, verlangen kann.

12. Unübertragbarkeit der Forderungen aus dem Gesellschaftsvertrage.

Erforderlich ist aber gerade eine Vorschrift in Ansehung der Uebertragbarkeit der aus dem Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter gegen die übrigen Gesellschafter zustehenden Forderungen. Der Entwurf stellt den Grundsatz auf: sie sind nicht übertragbar, mit Ausnahme der einem Gesellschafter aus der Führung der Geschäfte der Gesellschaft zustehenden Forderungen, sofern deren Berichtigung noch vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie der Forderungen, welche einen Gewinnantheil oder dasjenige zum

---

1) S. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 222, 223; österr. G. B. §§ 1199, 1200; schweiz. Bd. Ges. Art. 541; hess. Entw. Art. 381, bayr. Entw. Art. 557, dresd. Entw. Art. 790.

2) Sintenis II § 121 A. 51; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XIII Nr. 19 S. 64, XVIII S. 398; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 216—218; österr. G. B. § 1186; code civil Art. 1861; schweiz. Bd. Ges. Art. 542; hess. Entw. Art. 382, bayr. Entw. Art. 558, dresd. Entw. Art. 791; H. G. B. Art. 98.

Gegenstande haben, was einem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Jede gegen diese Bestimmung des Entwurfes erfolgte Uebertragung (§ 294) ist nichtig. Ausschlaggebend ist für das Prinzip der Umstand, daß der Gesellschaftsvertrag auf gegenseitigem Vertrauen beruht und das Gesellschaftsverhältniß ebenso nach der passiven als nach der aktiven Seite an die Person des Gesellschafters gebunden ist, daß sich somit die in Rede stehenden Ansprüche im Allgemeinen als solche der in der Vorschrift des § 295 Abs. 1 bezeichneten Art darstellen. Dies erhellt ohne Weiteres hinsichtlich der Hauptverpflichtung, welche der eine Gesellschafter gegenüber den anderen durch den Gesellschaftsvertrag übernimmt, nämlich der auf Leistung der versprochenen Beiträge. Der auf Leistung der Beiträge gerichtete Anspruch hat die Beschaffenheit, daß durch die Leistung an einen Dritten deren Inhalt geändert werden würde, da die Beiträge nur zu Gesellschaftszwecken verlangt werden könnten, der Dritte aber außerhalb der Gesellschaft steht und in diese nur unter Zustimmung aller Gesellschafter einzutreten vermag. Was von dem Anspruche auf Beiträge gilt, muß überhaupt von allen unmittelbar in dem Gesellschaftsvertrage sich gründenden Ansprüchen gelten, weil diese immerhin in gewissem Sinne sich ebenfalls als auf Beitragung zum Gesellschaftszwecke gerichtet auffassen lassen. Aehnlich gestaltet sich die Beurtheilung in Ansehung der Ansprüche gegen den socius gerens aus der Geschäftsführung (§§ 634 ff.), insofern auch die diesfallsigen Leistungen als zum Gesellschaftszwecke bestimmt erscheinen.

Ausnahmen vom Prinzipe; Das Prinzip unterliegt jedoch nothwendig gewissen Ausnahmen. Ein Gesellschafter kann in Folge des Gesellschaftsvertrages gegen den anderen Gesellschafter einen nicht unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrage entspringenden, sondern nur in Folge desselben entstandenen Anspruch erwerben, welcher sich als aus dem Gesellschaftsverhältnisse losgelöst und als ein davon unabhängiger und selbständiger ergiebt, dessen Uebertragbarkeit auszuschließen daher nicht gerechtfertigt wäre. Dahin gehören unbedenklich die Forderungen, welche einen Gewinnantheil oder dasjenige zum Gegenstande haben, was einem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, nicht minder aber der einem Gesellschafter aus der Führung der Geschäfte der Gesellschaft entstandene Anspruch, vorausgesetzt, daß ein Recht auf Befriedigung dieses Anspruches noch vor der Auseinandersetzung besteht. In letzterer Beziehung läßt sich aber eine allgemeine Norm nicht aufstellen, indem die Entscheidung von den obwaltenden konkreten Umständen abhängt (siehe zu § 639).

Aus dem Prinzipe ergiebt sich insbesondere auch die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit der den Gesellschaftern zustehende Anspruch auf Rechenschaftsablegung bezw. auf Information über die Angelegenheiten der Gesellschaft übertragbar ist[1]).

Umfang des Prinzipes. Das Prinzip des Entwurfes ist ein allgemeines, welches nicht blos die Abtretung, sondern jede Uebertragung der fraglichen Forderung betrifft.

---

[1]) Vergl. H. G. B. Art. 98; schweiz. Bd. Ges. Art. 542; dresd. Entw. Art. 791 (Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXIII Nr. 41, vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 90 S. 336); preuß. A. L. R. a. a. O. § 218.

Hieraus ergiebt sich, daß die nach dem Prinzipe nicht übertragbaren Forderungen auch der Pfändung nicht unterliegen (§ 296 Abs. 2), und nicht der Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein können, welche die Uebertragbarkeit der Forderung voraussetzen[1]).

§ 645.

13. Verfügung über den Antheil: Verbot

Der Entwurf steht, wie schon bemerkt (§ 631), in Ansehung der rechtlichen Natur des durch das Gesellschaftsverhältniß unter den Gesellschaftern entstehenden Gemeinschaftsverhältnisses an den gemeinschaftlichen Gegenständen auf dem Boden des gemeinrechtlichen Prinzipes (vergl. auch § 773). Dem Entwurfe ist hiernach insbesondere, abgesehen von der Vorschrift des § 644, eine dingliche Unterbindung des Verfügungsrechtes der Gesellschafter fremd. Die Veräußerlichkeit und die hieran sich knüpfende Pfändbarkeit der Antheile mögen allerdings manchen Gesellschaften gefährlich werden. Der Gedanke liegt nahe, zur Vermeidung dieser Gefahr die in Rede stehende Veräußerung unter ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 107 des Entwurfes zu stellen, wodurch sich zugleich die gegen das System des H. G. B. streitenden juristischen Bedenken erledigten. Ein solches Verbot bleibt indessen immer eine Anomalie, zu welcher der Gesetzgeber sich nicht ohne den zwingendsten Anlaß verstehen darf. Die Unveräußerlichkeit würde auch insofern manche Streitigkeiten hervorrufen, als in vielen Fällen zweifelhaft ist, ob ein Gesellschafts- oder nur ein einfaches Gemeinschaftsverhältniß vorliegt. Sie würde auch in Ansehung der Führung des Grundbuches und des Verkehres mit Hypothekenforderungen nicht unerhebliche Schwierigkeiten schaffen, und in Beziehung auf gemeinschaftlich gewordene Forderungen jeder Art die Vortheile des einfachen Prinzipes des § 320 beseitigen, endlich zu einer Modifikation oder Ergänzung der Vorschriften über die Zession zum Schutze des Schuldners nöthigen. Die Unveräußerlichkeit wird aber vor Allem für die gewöhnlichen Gesellschaften durch ein praktisches Bedürfniß nicht erfordert. Anders verhält es sich in dieser Richtung bei den hier ausscheidenden Handelsgesellschaften im Sinne des H. G. B. (vergl. § 659). Die erwähnte Gefahr träfe bei diesen Gesellschaften im Falle der Veräußerlichkeit der Antheile in hohem Maße zu. Hinsichtlich der übrigbleibenden Gesellschaften ist dagegen das System des Entwurfes ohne sonderliche Gefahr, und in Betreff der weitaus die Mehrzahl bildenden Gesellschaften, welche sich nur auf einfache Verhältnisse beziehen, entschieden von Vortheil. Andererseits ist es allerdings nöthig, genügt aber auch, den Gesellschaftern die Veräußerung, überhaupt die dingliche Verfügung über den ihnen zustehenden Antheil an den gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen, auch über ihren Theil an den aus Gesellschaftsgeschäften gegen Dritte erworbenen Ansprüchen, bis zu der Auseinandersetzung mit nur obligatorischer Wirkung zu untersagen, wonach in der fraglichen Veräußerung stets eine den Veräußernden den übrigen Gesellschaftern zur Leistung des Interesses verbindlich machende Verletzung der aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebenden Verpflichtung liegt (Abs. 1), ferner den

mit obligatorischer Wirkung.

---

[1]) Vergl. §§ 1022, 1207 (Nießbrauch, Pfandrecht).

Versagung des Rechtes auf Theilung.

Gesellschaftern vor der Auseinandersetzung den Anspruch auf die Theilung gemeinschaftlich gewordener Gegenstände zu versagen (Abs. 2). Es sollen die gemeinschaftlichen Gegenstände dem Zwecke der Gesellschaft gemäß zusammengehalten werden, insbesondere, damit über dieselben im Liquidationsverfahren und zu dessen Zwecken gemeinsam verfügt werden kann (§§ 655, 656). Auch jenes obligatorisch wirkende Verbot der Verfügung über den Antheil an gemeinschaftlichen Gegenständen fließt somit unmittelbar aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrages und bringt eine gesellschaftliche Verpflichtung zum Ausdrucke. Die trotzdem erfolgte (dingliche) Verfügung ist gültig, kann auf Grund des § 645 auch nicht rückgängig gemacht werden, verpflichtet aber zur Leistung des Interesses. Nach dem prinzipiellen Standpunkte des Entwurfes hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit können die Gesellschafter auch die Unveräußerlichkeit mit dinglicher Wirkung nicht vereinbaren (§ 295 Abs. 2, § 796, s. zu § 361).

Auch die Bestimmung des zweiten Absatzes ist nur obligatorischer Natur, wirkt also nicht gegen die Sondernachfolger (vergl. zu § 949).

§ 646.

14. Rechnungsabschluß und Gewinnvertheilung.

Darüber, wann und wie oft ein Rechnungsabschluß und eine Vertheilung des Gewinnes oder Verlustes stattzufinden hat, entscheidet in erster Linie der Gesellschaftsvertrag. Die Bestimmung des Entwurfes greift im ersten Absatze nur dispositiv, im zweiten Absatze als Auslegungsregel ein. Sie schließt sich, abgesehen von den Vorschriften des H. G. B. für die offene Handelsgesellschaft, im Wesentlichen dem geltenden Rechte[1]) an. Vereinbarungen über periodisch wiederkehrende, lediglich rechnungsmäßig zur Information und Kontrole des Standes der Gesellschaftsangelegenheiten stattfindende Rechnungsabschlüsse (Gewinn- und Verlustberechnungen) stehen hier außer Frage.

§ 647.

15. Antheile der Gesellschafter an Gewinn und Verlust.

Die Vorschrift im ersten Absatze, wonach in Ermangelung anderweiter vertragsmäßiger Bestimmung jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrages (also auch der nur persönliche Dienste beitragende Gesellschafter, § 630 Abs. 1) gleichen Antheil am Gewinne und Verluste hat, stimmt überein mit der herrschenden gemeinrechtlichen Auffassung, mit dem sächs. G. B. (§ 1365), dem schweiz. Bd. Ges. Art. 530, dem dresd. Entw. Art. 776, sowie mit den Bestimmungen des H. G. B. (Art. 109, 268)[2]). Auf

---

[1]) Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXIII Nr. 32; preuß. A. L. R. a. a. O. § 261; österr. G. B. § 1199; sächs. G. B. § 1387; hess. Entw. Art. 381 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 556, dresd. Entw. Art. 793; H. G. B. Art. 255 (stille Gesellschaft), dagegen Art. 106—108, 133, 141, 142 (offene Handelsgesellschaft).

[2]) Nach Verhältniß der Größe des Beitrages zu dem Gesellschaftszwecke, und zwar mit Unterscheidung zwischen Vermögens- und anderen Beiträgen, bestimmen die Antheile am Gewinne und Verluste dagegen das preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 244, 251—258, das österr. G. B. § 1193, code civil Art. 1853, der hess. Entw. Art. 378 bis 380, bayr. Entw. Art. 540, 552.

die Uebereinstimmung mit dem H. G. B. war insbesondere Gewicht zu legen. Der Entwurf läßt eine andere vertragsmäßige Bestimmung der Antheile der Gesellschafter am Gewinne und Verluste frei, auch eine solche nach Verhältniß der Größe der Beiträge oder der Art derselben, und kann hiernach für die einzelnen Gesellschafter auch eine verschiedene Betheiligung verabredet werden. Immer entscheidet die freie Auslegung des Vertrages (§ 73). Eine Unterscheidung nach den einzelnen denkbaren Fällen, insbesondere danach, ob alle Gesellschafter Vermögensbeiträge geleistet haben, oder einzelne nur persönliche Dienstleistungen, empfiehlt sich für die gesetzliche Bestimmung nicht und führt zu einer mißlichen Kasuistik. Zweifellos kann ferner die Bestimmung der Antheile am Gewinne oder Verluste vertragsmäßig auch einem Gesellschafter oder einem Dritten überlassen werden[1]); solchenfalls greifen die hierauf bezüglichen Vorschriften des Entwurfes (§§ 353—357) Platz.

Die Sachgemäßheit der im zweiten Absatze aufgestellten Auslegungsregel, welche überdies im Wesentlichen geltendes Recht reproduzirt[2]), wird sich nicht beanstanden lassen.

Daß ein Vertrag, nach welchem ein Gesellschafter zwar am Verluste, nicht aber am Gewinne theilnehmen soll, als Gesellschaftsvertrag nicht gelte, ist bereits zu § 629 erörtert.

§§ 648, 649.

Die §§ 648—653 bestimmen über die Gründe der Auflösung der Gesellschaft, soweit diesfalls besondere Vorschriften erforderlich sind. Daß die Gesellschaft aufhört durch den Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist (H. G. B. Art. 123 Ziff. 5, Art. 261 Ziff. 5; code civil Art. 1865; sächs. G. B. § 1385; hess. Entw. Art. 398 Ziff 2, bayr. Entw. Art. 571 Ziff. 3; s. Entwurf § 143, vergl. § 643 Satz 2), mit dem Eintritte der Resolutivbedingung, unter welcher sie eingegangen worden ist (hess. Entw. Art. 398 Ziff. 1, bayr. Entw. Art. 571 Ziff. 2, Entwurf § 130), sowie gemäß einer Vereinbarung der Gesellschafter (H. G. B. Art. 123, Ziff. 4, Art. 261 Ziff. 4; schweiz. Bd. Ges. Art. 584 Ziff. 4; bayr. Entw. Art. 571 Ziff. 1), braucht im Gesetze nicht ausgesprochen zu werden. Das preuß. A. L. R. I, 17 §§ 191, 273—276, das österr. G. B. §§ 1210, 1213, 1189, der bayr. Entw. Art. 577, sowie das H. G. B. Art. 128 geben den Gesellschaftern auch das Recht zur Ausschließung eines Mitgesellschafters aus bestimmten, in dessen Person eingetretenen Gründen. Im Einklange mit dem gemeinen Rechte und den übrigen modernen Kodifikationen sieht der Entwurf von einer solchen Bestimmung ab. Sie wäre für die nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilenden Gesellschaften nicht am Platze. Hierdurch wird aber die Zulässigkeit der Verabredung im Gesellschaftsvertrage über die Ausschließung eines Gesellschafters aus bestimmten Gründen nicht verneint. Zutreffendenfalls würden die Vorschriften in §§ 657, 658 eingreifen[3]).

16. Auflösung: a) Zeitablauf

Resolutivbedingung,

Vereinbarung.

---

[1]) Code civil Art. 1854; bayr. Entw. Art. 554.

[2]) Windscheid § 405 Note 17; sächs. G. B. Art. 1364; schweiz. Bd. Ges. Art. 530 Abs. 3; hess. Entw. Art. 378, bayr. Entw. Art. 533, dresd. Entw. Art. 776.

[3]) Vergl. Seufferts Archiv XXXII Nr. 135 (R. O. H. G.).

b) Kündigung; Die Befugniß der Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung herbeizuführen (§ 648), ist, abgesehen vom preuß. A. L. R., allen Rechten gemeinsam, wenn auch mit Besonderheiten im Einzelnen[1]). Nach preuß. Rechte (A. L. R. a. a. O. §§ 269, 270, 289) kann zwar jedes Mitglied einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer[2]) aus derselben nach Gutbefinden austreten. Durch den Austritt wird aber die Gesellschaft nicht aufgelöst; sie besteht fort. Bei Gesellschaften von bestimmter Dauer dagegen findet ein Rücktritt von der Sozietät nur insoweit statt, als Rücktritt überhaupt nach Landrecht von anderen gültigen Verträgen zulässig ist, insbesondere, wenn die Gesellschaft nicht anders, als durch neue Beiträge fortgesetzt werden kann. Allein auch diesfalls löst sich die Gesellschaft nicht auf; nur wenn von dem Betriebe oder den Einsichten des abgegangenen Mitgliedes die Geschäfte der Gesellschaft hauptsächlich abgehangen haben, ist auch jedes andere Mitglied zum Austritte berechtigt (A. L. R. §§ 270—272, 191, 192, 290, 291 ff.). Auch nach dem österr. G. B. (§ 1189), welches im Uebrigen die Kündigung einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer kennt (§ 1212), kann, wenn in Folge veränderter Umstände die Erreichung des Gesellschaftszweckes ohne Vermehrung des Beitrages nicht stattfindet, das Mitglied, welches seinen Beitrag nicht erhöhen will, aus der Gesellschaft austreten, ohne daß die Gesellschaft dadurch aufgelöst wird[3]).

Der Entwurf regelt die Kündigung der Gesellschaft im Anschlusse an das geltende Recht, soweit dieses nach dem Ausgeführten die Kündigung zuläßt, mit Unterscheidung der Fälle, wo die Gesellschaftsdauer unbestimmt und wo sie bestimmt ist.

α. bei unbestimmter Dauer der Gesellschaft, Bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft, d. h. wenn die Dauer weder durch Festsetzung einer bestimmten Zeit, noch in anderer Art, z. B. durch Abschluß zum Zwecke der Vornahme bestimmter Geschäfte, festgesetzt worden ist (§ 648 Abs. 1, 2), entspricht das freie Kündigungsrecht, wie auch für die Handelsgesellschaft anerkannt ist, nicht allein dem Wesen des Gesellschaftsvertrages, sondern empfiehlt sich auch aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit. Allerdings beseitigt die von Rechtswegen mit der Kündigung eintretende Auflösung der Gesellschaft die in dem Gesellschaftsvertrage sich gründenden Rechtsbeziehungen auch für die Zukunft nicht vollständig. Allein prinzipiell bringt die Kündigung die Auflösung des bisherigen Gesellschaftsverhältnisses, unbeschadet der durch die Auflösung nöthig werdenden und auf Grund des Gesellschaftsvertrages zu bewirkenden Auseinandersetzung (§§ 655, 656) mit sich. Aus §§ 657, 658 ergiebt sich überdies, daß die Vorschrift des Entwurfes, wonach die Kündigung die Auflösung der Gesellschaft unter allen Gesellschaftern zur Folge hat, nur eine dispositive ist.

---

[1]) Windscheid § 408 Nr. 1; H. G. B. Art. 123 Ziff. 5, 6, Abs. 2, Art. 124, 125, Art. 261 Ziff. 6, 262; österr. G. B. §§ 1212, 1211; code civil Art. 1865 Nr. 5, 1869 bis 1871, 1844; sächs. G. B. §§ 1379—1382; schweiz. Bd. Ges. Art. 545 Nr. 5, 6, Art. 546, 547; hess. Entw. Art. 368, 398 Ziff. 5, 399—402, bayr. Entw. Art. 571 Ziff. 3, 7, Art. 572—576, dresd. Entw. Art. 796—800, 778.

[2]) Entsch. d. R. G. in Civils. IX Nr. 23.

[3]) S. zu § 630 Abs. 3.

Ist die Dauer der Gesellschaft durch Festsetzung einer gewissen Zeit oder in anderer Art bestimmt, so muß nach der mit dem gemeinen Rechte übereinstimmenden modernen Auffassung diese Vereinbarung dergestalt verbindlich sein, daß während der bestimmten Dauer das freie Kündigungsrecht ausgeschlossen bleibt und die Kündigung nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig ist[1]. Der Entwurf bestimmt im Anschlusse an die Vorschriften des code civil (Art. 1871), des schweiz. Bd. Ges. (Art. 547) und des H. G. B. (Art. 125), daß vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit nur dann gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger, die Kündigung nach den Umständen des Falles rechtfertigender Grund vorliegt, indem er nur zwei besondere Umstände als wichtige Gründe hervorhebt (§ 648 Abs. 2)[2]. Beim Vorliegen eines dieser zwei Umstände muß aber der Grund als ein die Kündigung rechtfertigender angesehen werden, worin der Entwurf von dem H. G. B., welches übrigens eine größere Zahl von Fällen exemplikativ aufführt, abweicht. Der eine hervorgehobene Grund, nämlich wenn die Erfüllung einer wesentlichen Gesellschaftsverpflichtung unmöglich geworden ist, begreift selbstverständlich auch das subjektive Unvermögen in sich, sofern die persönliche Erfüllung geboten, das subjektive Unvermögen also die Eigenschaft der objektiven Unmöglichkeit annimmt. Auch durch die gerechtfertigte Kündigung einer Gesellschaft, deren Zeitdauer bestimmt, tritt von Rechtswegen die Auflösung der Gesellschaft ein (§§ 657, 658)[3]. Es besteht kein Grund, diesfalls unter Verneinung dieser Wirkung Auflösung durch richterliches Urtheil zu statuiren (schweiz. Bd. Ges. a. a. O.). Wenn darüber, ob eine Kündigung stattgefunden oder ob solche nach Maßgabe des § 648 Abs. 2 eine gerechtfertigte sei, im Prozeßwege gestritten wird, so hat das richterliche Urtheil lediglich deklaratorische Bedeutung. Eine nicht gerechtfertigte Kündigung (Abs. 2) ist überhaupt wirkungslos; sie bewirkt nicht das Erlöschen der Gesellschaft. Der Kündigende bleibt Gesellschafter.

β. bei bestimmter Dauer.

Die Bestimmung einer Kündigungsfrist ist für die nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilende Gesellschaft so wenig ein Bedürfniß, als eine besondere Bestimmung für Gesellschaften, welche einen jährlichen Geschäftsabschluß haben[4]. Die Kündigung darf überhaupt nie, gleichgültig, ob die Zeitdauer der Gesellschaft unbestimmt oder bestimmt ist, zur Unzeit (intempestiv) geschehen. Eine unzeitige Kündigung verstößt gegen die von jedem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage übernommenen Verpflichtungen (§ 359). Es würde aber zu erheblichen praktischen Uebelständen führen, wenn man mit einem Theile des geltenden Rechtes der Kündigung wegen einer solchen Pflichtverletzung die Wirkung der Auflösung entzöge. Weit angemessener ist es, auch eine unzeitige Kündigung

Unzeitige Kündigung;

---

[1] Windscheid § 408 Nr. 1; H. G. B. Art. 125; code civil Art. 1871; sächs. G. B. § 1381 Abs. 2, 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 547, 546 Ziff. 6; hess. Entw. Art. 401, bayr. Entw. Art. 574, dresd. Entw. Art. 798; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 270—272, 290, österr. G. B. §§ 1211, 1189.

[2] Vergl. §§ 566, 598, 625, 638.

[3] Entsch. d. vorm. R. O. H. G. I Nr. 3, XI Nr. 87, XII Nr. 32.

[4] Vergl. H. G. B. Art. 124; schweiz. Bd. Ges. Art. 546; dresd. Entw. Art. 797, 799; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 292.

Schadensersatzpflicht.

zwar in Ansehung der Auflösung für wirksam zu erklären, dem Kündigenden dagegen die Verpflichtung zum Ersatze des aus der unzeitigen Kündigung den übrigen Gesellschaftern entstandenen Schadens aufzuerlegen (§ 648 Abs. 3 Satz 1, vergl. § 598 Abs. 3). Ueberflüssig ist, Näheres über den zu leistenden Schadensersatz zu bestimmen. Die diesfallsigen Bestimmungen einzelner Gesetze stehen mit der bekannten und keineswegs unanfechtbaren Rechtsregel des röm. Rechtes „socius a se socium, sed non se a socio liberat“ im Zusammenhange und sind, weil darin eine nicht zu rechtfertigende Abweichung von allgemeinen Grundsätzen (§§ 218, 219) gefunden werden könnte, nicht ohne Gefahr. Ebensowenig empfiehlt sich, näher zu erläutern, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung als unzeitig gelte. Die Entscheidung hängt von den der richterlichen Würdigung anheimfallenden besonderen Umständen des gegebenen Falles ab. Auch ist zu übergehen der Fall der arglistigen Kündigung oder einer Kündigung in der Absicht, den Gesellschaftern einen ihnen gebührenden Gewinn zu entziehen[1]). Eine derartige Kündigung ist entweder eine unzeitige (§ 359), oder, wenn nicht, eine solche, zu welcher der Kündigende für befugt erachtet werden muß. — Die Haftung für Schadensersatz aus dem Grunde intempestiver Kündigung muß ausgeschlossen sein, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles die sofortige Auflösung rechtfertigender Grund vorlag (§ 648 Abs. 3 Satz 2; vergl. § 598 Abs. 3). In solchem Falle ist die Kündigung in der That nicht intempestiv; auch hierüber entscheidet das Gericht auf Anrufen nach seinem Ermessen.

Rechtliche Natur der Kündigung.

Die Kündigung der Gesellschaft ist ein einseitiges, formloses[2]) Rechtsgeschäft, welches vorgenommen wird gegenüber den anderen Gesellschaftern (§ 648 Abs. 1, §§ 74 ff.) Zu einer besonderen, von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden Bestimmung in dieser Richtung ist kein Anlaß. Der Entwurf enthält sich hier, wie in anderen ähnlichen Fällen, einer Entscheidung über die Fragen, inwiefern zur Wirksamkeit der Kündigung gehöre, daß sie allen Gesellschaftern gegenüber erklärt sei, wie eine nicht allen Gesellschaftern erklärte Kündigung wirke, und wie das Rechtsverhältniß sich gestalte, wenn zwar allen Gesellschaftern gekündigt, die Kündigung jedoch den verschiedenen Gesellschaftern zu verschiedener Zeit zugegangen ist. Die Lösung dieser Fragen bleibt ohne Gefahr der Wissenschaft und Praxis überlassen[3]).

Ausschluß des Kündigungsrechtes durch Vertrag.

Die Bestimmung des § 649 enthält im Einklange mit dem geltenden Rechte eine lex absoluta. Jedenfalls ist hiernach der Vertrag, soweit er die Unauflöslichkeit der Gesellschaft (von unbestimmter Zeitdauer) oder das Verbot der Kündigung

---

[1]) Windscheid § 408 Noten 5, 6; preuß. A. L. R. §§ 291 ff.; österr. G. B. § 1212; code civil Art. 1869, 1870; sächs. G. B. § 1380; schweiz. Bd. Ges. Art. 546; hess. Entw. Art. 399, 400, bayr. Entw. Art. 572, 573, dresd. Entw. Art. 796.

[2]) So nach geltendem Rechte; nur der bayr. Entw. Art. 576 schreibt schriftliche Kündigung als wesentliches Erforderniß vor.

[3]) Das sächs. G. B. § 1379, der hess. Entw. Art. 402, der bayr. Entw. Art. 576 und der dresd. Entw. Art. 800 bestimmen, daß die Kündigung erst wirke von da an, wo sie sämmtlichen Gesellschaftern angezeigt worden, bezw. zur Kenntniß der sämmtlichen Gesellschafter gekommen sei. Im Uebrigen schweigt die Gesetzgebung über die Frage.

ausspricht, nichtig; ob in Folge dessen der ganze Gesellschaftsvertrag als hinfällig anzusehen, ist nach § 114 zu beurtheilen[1]).

§ 650.

Die beiden in § 650 enthaltenen Vorschriften sind zwar positiver Natur, aber zweifellos angemessen. Für die Sachgemäßheit des ersten Satzes, wonach eine auf Lebenszeit eingegangene Gesellschaft als eine solche anzusehen ist, deren Zeitdauer nicht bestimmt ist (§ 648 Abs. 1, 3), spricht die Erfahrung, daß ein auf Lebenszeit eingegangener Gesellschaftsvertrag meistens auf Uebereilung, Selbsttäuschungen und Illusionen beruht. Den hieraus entspringenden Uebelständen begegnet die Bestimmung ohne wesentliche Nachtheile. Man darf nicht einwenden, es erwecke Anstoß, einen auf Lebenszeit eingegangenen Vertrag für weniger bindend zu erachten, als den auf eine bestimmte Zeit geschlossenen. Die Vereinbarung einer bestimmten Zeit beruht regelmäßig auf ganz anderen Erwägungen und Gründen, als die Einigung auf Lebenszeit, unterliegt also einer anderen Beurtheilung. Dies wurde auch bei der Berathung des H. G. B. erkannt und deshalb die mit dem Entwurfe übereinstimmende Vorschrift des Art. 123 Abs. 2 (H. G. B.) beschlossen. In dieser wichtigen Beziehung von dem H. G. B. abzuweichen, ist um so weniger rathsam, als die Zweckmäßigkeit der fraglichen Vorschrift bisher nicht angefochten worden, dieselbe vielmehr in der bestehenden Gesetzgebung anerkannt worden ist, auch für das gemeine Recht vertheidigt wird[2]). Wenn für den Mieth-, Pacht- und Dienstvertrag, sowie für die Gemeinschaft ein Anderes bestimmt worden (§§ 523, 532, 564, 767), so kommt in Betracht, daß der Gesellschaftsvertrag und das Gesellschaftsverhältniß nach seinem Zwecke und juristischen Wesen von jenen Verträgen und der Kommunion wesentlich verschieden ist. Andererseits erledigen die Vorschriften über das Recht eines jeden Gesellschafters, unter gewissen Voraussetzungen die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen, alle Bedenken, welche sich gegen die unbeschränkte Zulassung einer eine bestimmte Dauer der Gesellschaft festsetzenden Uebereinkunft erheben ließen (§ 648). *Gesellschaft auf Lebenszeit.*

Die Vorschrift des zweiten Satzes stimmt gleichfalls mit dem H. G. B. (Art. 123 Ziff. 5, vergl. Art. 261 Ziff. 5), sowie mit der Auffassung im gemeinen Rechte überein. Auch das schweiz. Bd. Ges. (Art. 545 Ziff. 5) hat die Bestimmung übernommen[3]). Selbstverständlich ist die Würdigung der im *Fortsetzung nach Ablauf der bestimmten Zeit.*

---

[1]) Sintenis II § 121 A. 108; preuß. A. L. R. I, 17 § 289; Zachariä II § 384 A. 19; sächs. G. B. § 1382; schweiz. Bd. Ges. Art. 545 Ziff. 5, 6; hess. Entw. Art. 368, bayr. Entw. Art. 575, dresd. Entw. Art. 778; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XIII Nr. 132.

[2]) Code civil Art. 1844, 1869; schweiz. Bd. Ges. Art. 545 Ziff. 6; bayr. Entw. Art. 542, dresd. Entw. Art. 572; das sächs. G. B. § 1382 beschränkt sich auf den scheinbar allgemeinen Satz, daß der Verzicht auf das Recht, die Gesellschaft zu kündigen, nichtig sei. Für das gemeine Recht s. Windscheid § 408 Note 7, dagegen Treitschke §§ 6, 67. Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 289.

[3]) Ebenso der bayr. Entw. Art. 571 Ziff. 3 und der dresd. Entw. Art. 778. S. Treitschke § 66 S. 178.

konkreten Falle erkennbaren Absicht der Gesellschafter, die Gesellschaft nur auf eine bestimmte Zeit fortzusetzen, nicht ausgeschlossen.

§ 651.

c) Erreichung oder Unmöglichwerden des Zweckes.

Die Vorschrift des § 651, daß die Gesellschaft von Rechtswegen aufgelöst wird, wenn ihr Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist, findet sich, abgesehen von dem H. G. B., überall im geltenden Rechte[1]). Sie ist keineswegs so selbstverständlich, als es scheinen könnte (vergl. § 629 Abs. 2). Auch die Auffassung könnte mit einem gewissen Scheine von Berechtigung vertheidigt werden, in beiden Fällen trete die Auflösung erst in Folge einer jedem Gesellschafter zustehenden Kündigung ein. Dies ist auch mindestens für den Fall der eingetretenen Unmöglichkeit der Erreichung des Zweckes der Standpunkt des H. G. B. (Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1). Derselbe kann aber weder bezüglich des einen noch des anderen Falles für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, soweit sie nicht der Beurtheilung nach § 659 unterliegt, gebilligt werden. Dem Gesellschaftszwecke ist für den Gesellschaftsvertrag vielmehr wesentliche Bedeutung auch in der hier fraglichen Richtung zuzuerkennen.

§ 652.

d) Tod eines Gesellschafters.

Die Gesellschaft ist ein an die Person der Gesellschafter gebundenes Vertragsverhältniß (qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit, § 5 Inst. h. t. 3, 26). Der Tod eines Gesellschafters muß daher, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein entgegenstehender Wille der Vertragschließenden erhellt, die Auflösung der Gesellschaft von Rechtswegen nach sich ziehen. Es ist dies der Standpunkt nicht allein des noch weiter gehenden röm. Rechtes[2]), sondern auch der modernen Kodifikationen, einschließlich des H. G. B.[3]). Nur das preuß. A. L. R.[4]) weicht zum Theil ab; hierauf kommt es aber nicht an, weil die Bestimmung des Entwurfes in dem Wesen des Gesellschaftsvertrages ihre volle Rechtfertigung findet.

---

[1]) Windscheid § 408 Noten 2, 3; preuß. A. L. R. a. a. O. § 277; österr. G. B. § 1208; code civil Art. 1865 Satz 2, 1867; sächs. G. B. § 1385; schweiz. Bd. Ges. Art. 545 Ziff. 1; hess. Entw. Art. 398 Ziff. 3, 4, bayr. Entw. Art. 571 Ziff. 4, 5, dresd. Entw. Art. 801.

[2]) Windscheid § 408 Nr. 2; Entsch. d. R. G. in Civils. XVI Nr. 11 S. 45 ff.

[3]) H. G. B. Art. 123 Ziff. 2, Art. 127, 261; österr. G. B. §§ 1206—1208; code civil Art. 1865, 1868; sächs. G. B. §§ 1383, 1384; schweiz. Bd. Ges. Art. 545 Ziff. 2; hess. Entw. Art. 398 Ziff. 6, 404, bayr. Entw. Art. 571 Ziff. 6, dresd. Entw. Art. 802.

[4]) Das preuß. A. L. R. a. a. O §§ 278—290 unterscheidet Gesellschaften, deren Gegenstand nicht im Betriebe eines gemeinschaftlichen Geschäftes oder Gewerbes besteht, oder, wenn die Gesellschaft zwar eine solche ist, das verstorbene Mitglied aber an dem Betriebe nicht thätigen Antheil nahm, in welchem Falle der Tod eines Gesellschafters einflußlos ist, die Erben lediglich an die Stelle des Erblassers treten, und den Fall, wo das verstorbene Mitglied zum Betriebe des gemeinschaftlichen Gewerbes durch Handlungen mitzuwirken hatte, welchenfalls, wenn im Gesellschaftsvertrage nicht ein Anderes verabredet worden, den Erben wie den übrigen Gesellschaftern der Rücktritt

Mit dem Zeitpunkte, in welchem ein Gesellschafter stirbt, tritt die Auflösung der Gesellschaft ein. Die Bestimmung, die Auflösung trete erst ein mit dem Zeitpunkte, wo die sämmtlichen übrigen Gesellschafter den Tod erfahren haben (sächs. G. B., dresd. Entw.), ist prinzipwidrig und insofern unzweckmäßig, als die Erben des verstorbenen Gesellschafters wie die von dem Todesfalle unterrichteten überlebenden Gesellschafter oft längere oder kürzere Zeit in der mit erheblichen Uebelständen verbundenen Ungewißheit bleiben würden, ob die Gesellschaft aufgelöst ist oder nicht. Die Unzuträglichkeiten, welche aus der mit dem Zeitpunkte des Todes unmittelbar eintretenden Auflösung der Gesellschaft sich ergeben können, werden durch die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes[1]), sowie des § 654 gehoben. Von selbst versteht sich, daß die Erben des verstorbenen Gesellschafters solchenfalls wie für die von ihrem Erblasser, so auch für die von ihnen selbst gemäß der Vorschrift des zweiten Absatzes besorgten Geschäfte Rechenschaft abzulegen haben (§§ 639, 591, § 652 Abs. 3). Rücksichtlich der den Erben als solchen bezw. gemäß § 652 obliegenden Verpflichtungen haften sie in gleicher Weise wie ihr Erblasser (§§ 633, 639)[2]). Anzeige- und Fürsorgepflicht der Erben.

In dem Gesellschaftsvertrage, sowohl in dem konstituirenden als in einem Nachtragsvertrage, kann über den Einfluß des Todes eines Gesellschafters auf den Bestand der Gesellschaft ein Anderes bestimmt werden. Diese Vereinbarung muß entsprechend der modernen Rechtsentwickelung zugelassen werden. Ist vereinbart, daß die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortbestehen soll, so besteht im Falle des Todes dieses Gesellschafters die bisherige Gesellschaft fort und treten die Erben von Rechtswegen, ohne daß eine neue Einigung nöthig oder ein neuer Gesellschaftsvertrag zu unterstellen wäre, in Betreff der aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen, gerade wie bei anderen Schuldverhältnissen, an die Stelle ihres Erblassers. Die Schwierigkeiten, welche hieraus in Rücksicht auf das Inventarrecht entstehen können, sind auch in anderen Fällen, in welchen der Erblasser in einem mehr oder weniger verwickelten Rechtsverhältnisse gestanden hat, möglich, mit dem Inventarrechte nothwendig verbunden und kommen daher nicht entscheidend in Betracht. Ist vereinbart, die Gesellschaft solle im Falle des Todes eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen, so greifen die Vorschriften der §§ 657, 658 Platz. Vereinbarung über Fortdauer der Gesellschaft.

§ 653.

Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters bildet nach dem preuß. Rechte einen Rücktrittsgrund für den Konkursverwalter e) Konkurs eines Gesellschafters.

vom Vertrage offen steht (Entsch. d. R. G. XVI Nr. 11 S. 48). Das österr. G. B. (§ 1207) stellt, im Wesentlichen dem gemeinrechtlichen Prinzipe folgend (§ 1208), für eine aus mehr als zwei Personen bestehende Gesellschaft die Vermuthung auf, daß beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll.

[1]) Vergl. § 599 Abs. 2, § 601 Abs. 2.

[2]) Nach gemeinem Rechte wird Beschränkung der Erbenhaftung auf dolus und culpa lata angenommen, Windscheid § 408 Note 12.

und die übrigen Gesellschafter[1]), nach dem österr. G. B. (§ 1210) einen Grund zur Ausschließung des betreffenden Gesellschafters, nach dem gemeinen Rechte (Windscheid § 408 Nr. 3), dem franz. Rechte (code civil Art. 1865 Nr. 4), dem sächs. G. B. (§ 1385) und dem schweiz. Bd. Ges. (Art. 545 Ziff. 3)[2]), sowie dem H. G. B. Art. 123 Ziff. 3 (vergl. Art. 261 Ziff. 2) einen ipso jure wirkenden Erlöschungsgrund. Gründe praktischer Zweckmäßigkeit erfordern dringend den Anschluß an die letztere Auffassung, insbesondere an das H. G. B. Die Auflösung der Gesellschaft von Rechtswegen ist der einfachste und angemessenste Weg, um ohne wesentliche Verletzung des Interesses des einen oder anderen Betheiligten über alle sonst unausbleiblichen Schwierigkeiten hinwegzukommen. Die Heranziehung der Vorschriften in § 652 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 auch für den Konkursfall ist ebenso sachgemäß als unbedenklich.

Abweichende Vereinbarung. Auch für den Konkursfall kann übrigens vor Auflösung der Gesellschaft zwischen den Gesellschaftern der Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern vereinbart werden (§§ 657, 658).

Bevormundung; Verlust der Geschäftsfähigkeit. Bedenklich ist es, der Bevormundung[3]) oder schon dem gänzlichen oder theilweisen Verluste der Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters[4]), ähnlich wie dem Tode, die Wirkung der Auflösung der Gesellschaft beizulegen. Eine solche Bestimmung paßt wenig für die Fälle, wo der betreffende Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen oder im Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, daß sein Tod die Auflösung der Gesellschaft nicht nach sich ziehen soll oder in welchen vielleicht diese beiden Voraussetzungen zusammentreffen. Auch wären von der Bestimmung der ipso jure Auflösung große Härten und Unzuträglichkeiten mindestens für die Fälle zu besorgen, in welchen nur für kurze Zeit die Bevormundung erfolgt oder die Geschäftsfähigkeit aufgehoben oder beschränkt ist. Das Kündigungsrecht (§ 648) genügt jedenfalls zur Wahrung der Interessen aller Betheiligten vollkommen[5]).

§ 654.

Fortbauer der Befugniß zur Geschäftsführung nach der Auflösung. Die Vorschrift des § 654 steht in Uebereinstimmung mit derjenigen des § 603 für das Mandat (vergl. § 639); ihre Sachgemäßheit ist hier wie dort anzuerkennen. Sie gilt nicht nur für die durch den Entwurf geordneten Auflösungsgründe, sondern allgemein, z. B. auch beim Eintritte der Resolutivbedingung, unter welcher der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden ist[6]).

---

[1]) Preuß. A. G. O. I, 50 § 291; Ges. v. 8. Mai 1855, betr. die Einführung der Konk. O. Art. II; Eccius II § 143 S. 369; Dernburg II § 119 Note 9, § 222 Note 9. Ebenso hess. Entw. Art. 401 Ziff. 4, bayr. Entw. Art. 574 Ziff. 4.

[2]) Ebenso dresd. Entw. Art. 801.

[3]) Bevormundung wirkt ipso jure Auflösung nach gemeinrechtlicher Auffassung nach dem code civil Art. 1865 Nr. 4, schweiz. Bd. Ges. Art. 545 Ziff. 3, dresd. Entw. Art. 801, H. G. B. Art. 123 Ziff. 3 (Art. 261 Ziff. 2).

[4]) So nach dem sächs. G. B. § 1385.

[5]) Ebenso hess. Entw. Art. 401 Ziff. 5, bayr. Entw. Art. 574 Ziff. 4 und (Eccius II § 143 A. 128) im preuß. Rechte.

[6]) Vergl. Windscheid § 408 Note 13.

Die Bestimmung, daß die Gesellschaft in Ansehung der den Gesellschaftern in Beziehung auf die Befugniß zur Geschäftsführung zustehenden Rechte als fortbestehend anzusehen sei, bezieht sich in gleichem Maße, wie § 603, auf die von dem geschäftsführenden und zur Vertretung befugten socius namens der Gesellschafter mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte (§ 640). Ausgenommen ist nur die Auflösung durch Kündigung; auch dies entspricht dem § 603. Die Kündigung wirkt gegenüber dem geschäftsführenden socius wie der unbedingte Widerruf des Auftrages.

§ 655.

Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern.

Auf die von Rechtswegen eintretende Auflösung der Gesellschaft folgt meist ein Stadium, in welchem die durch den Gesellschaftsvertrag unter den Gesellschaftern begründeten Rechtsverhältnisse nicht allein längere oder kürzere Zeit noch fortdauern, sondern auch in ihrer künftigen Gestaltung zum Theil noch von den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages beherrscht werden. Es wäre allerdings auch die Auffassung möglich: nach der Auflösung dauerten die während der Gesellschaft für die einzelnen Gesellschafter entstandenen Schuldverhältnisse, soweit sie noch nicht erledigt sind, nach den für die Schuldverhältnisse im Allgemeinen geltenden Grundsätzen fort, während, wenn noch gemeinschaftliches Vermögen vorhanden, eine nach den Vorschriften der §§ 763 ff. zu beurtheilende zufällige Gemeinschaft (communio incidens) vorliege; besondere Bestimmungen könnten daher um so eher entbehrt werden, als die gemeinschaftlichen Gegenstände unter die Gesellschafter nach bestimmten Quoten, reellen oder ideellen, getheilt sind und auch die auf Rechtsgeschäften mit Dritten beruhenden gemeinschaftlichen Schuldverpflichtungen den einzelnen Gesellschaftern nach bestimmten Quoten zur Last fallen[1]). Allein diese Auffassung führt zu einem vom legislativen Standpunkte nicht befriedigenden Ergebnisse. Dies zeigt sich zunächst hinsichtlich der gemeinschaftlichen Schuldverpflichtungen. Die erwähnte Theilung nach Quoten kann, abgesehen von den Fällen, wo ein Gesammtschuldverhältniß besteht oder in welchen von der völligen Erfüllung einer Verbindlichkeit die Erlangung des Anspruches auf die Gegenleistung abhängt, den Gläubigern gegenüber eine ganz andere sein, als das Gesellschaftsverhältniß mit sich bringt (§ 642). Man muß also davon ausgehen, daß das Interesse der Gesellschafter regelmäßig und ähnlich, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, die Verwendung der gemeinschaftlichen Gegenstände zur Erfüllung der Schuldverpflichtungen erheischt und daß zu dem Ende der Theilung die Realisirung des gemeinsamen Vermögens oder die Liquidation vorauszugehen hat. Weiter erweist sich dies Letztere nothwendig wegen der Erstattung der Einlagen und unter Umständen wegen Befriedigung einzelner Gesellschafter,

a) Fortbestand der Gesellschaft

[1]) In der bestehenden Gesetzgebung fehlt, abgesehen vom H. G. B., dem schweiz. Bd. Ges. und, in gewissem Sinne, von dem preuß. A. L. R., eine dem § 655 entsprechende Bestimmung. Es finden sich im Wesentlichen nur Vorschriften darüber, was als Gewinn oder Verlust anzusehen ist, wie die Gesellschafter daran partizipiren, bezw. Verweisungen auf die actio communi dividundo.

sofern diese solche Ansprüche erworben haben können, für welche die Anderen in Gemäßheit des in § 630 Abs. 3 ausgesprochenen Grundsatzes nur insoweit haften, als das gemeinsame Vermögen einschließlich der Einlagen reicht. Es handelt sich also zunächst unter den Gesellschaftern um eine die Berichtigung und Ausgleichung der Verbindlichkeiten umfassende Auseinandersetzung. Im Hinblicke hierauf ist auch die Bestimmung in § 645 getroffen, worin schon ausgesprochen liegt, daß das Gesellschaftsverhältniß trotz der Auflösung der Gesellschaft in gewisser, obschon beschränkter Beziehung noch fortdauert.

für die Abwickelung der Geschäfte.

Nicht selten ergiebt sich auch die Nothwendigkeit, schwebende Geschäfte zur Vermeidung der größten Nachtheile bis zur Beendigung fortzuführen, bezw. zu diesem Behufe neue Geschäfte einzugehen, wie endlich die in vielen Fällen sich zeigende, die völlige Auseinandersetzung verzögernde Schwierigkeit, die Gewinn- und Verlustantheile der einzelnen Gesellschafter festzustellen, wesentlich ins Gewicht fällt. Der § 655 bestimmt demgemäß nach Anleitung der Vorschriften des H. G. B. (insbesondere des Art. 144[1]), daß nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidation eintrete (§ 656) und bis zur Beendigung der letzteren das Gesellschaftsverhältniß in beschränkter Weise, nämlich insoweit als es der Zweck der Liquidation erheischt, gleichsam noch fortbesteht.

Aufhören der Befugniß zur Geschäftsführung.

Das vom H. G. B. angenommene Institut der Liquidatoren hat der Entwurf, als für die gewöhnliche Gesellschaft nicht passend, nicht adoptirt. In Ausnahme von dem Satze, daß in beschränkter Weise das bisherige Gesellschaftsverhältniß fortbesteht, ist aber im zweiten Satze des § 655, übrigens unbeschadet des § 654, bestimmt, daß die einem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage ertheilte Befugniß zur Geschäftsführung mit dem Zeitpunkte der Auflösung der Gesellschaft erlischt und von diesem Zeitpunkte an für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Auch die Auseinandersetzung (§ 656) erfolgt durch alle Gesellschafter[2]).

Die Vorschriften des § 655 sind selbstverständlich nur dispositiv, was bezüglich der im zweiten Satze ausgesprochenen besonders zum Ausdrucke gebracht ist.

§ 656.

b) Art und Umfang der Auseinandersetzung: System.

Für die nach der Auflösung der Gesellschaft unter allen Gesellschaftern durch dieselben vorzunehmende Auseinandersetzung stellt der § 656 bestimmte Grundsätze auf, welche auf folgendem Systeme beruhen: Jeder Gesellschafter erhält vor Allem die von ihm quoad usum eingebrachten Gegenstände in Natur zurück (Abs. 1). Die quoad sortem eingebrachten Gegenstände bleiben trotz der Auflösung der Gesellschaft gemeinschaftlich, so daß sie von den Einlegern nicht in Natur zurückverlangt, noch denselben wider ihren Willen in Natur aufgedrängt werden können (Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1). Aus den noch vorhandenen quoad sortem gemeinschaftlichen Gegenständen, d. h. den Einlagen und

---

1) Vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 548—550; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 304, 305, 241, 242, Dernburg II § 223 bei und in Note 1.

2) H. G. B. Art. 136; vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 550.

dem während der Dauer der Gesellschaft Erworbenen (§§ 631, 641), werden zunächst die Schulden berichtigt. Zur Masse in diesem Sinne gehören auch die unter den Gesellschaftern ipso jure getheilten Aktivansprüche (vergl. §§ 642, 645). Eventuell sind die Gesellschafter, um Mittel für die Schuldentilgung zu gewinnen (Abs. 4), zur Einziehung verpflichtet. Ist die Masse zur Schuldentilgung nicht hinreichend, so wird der Ausfall von allen Gesellschaftern als Verlust getragen (Abs. 2, 4, § 647). Ergiebt sich nach Berichtigung der Schulden ein Ueberschuß, so werden aus diesem die Vermögenseinlagen, d. h. die Einlagen quoad sortem, gedeckt. Können die Einlagen nicht vollständig aus dem Ueberschusse gedeckt werden, so tritt verhältnißmäßige Befriedigung ein; der Ausfall, welchen hiernach der Einzelne erleidet, bleibt ihm zur Last (Abs. 3 Satz 1—4). Stellt sich auch nach Erstattung der Einlagen ein Ueberschuß heraus, so wird dieser unter alle Gesellschafter als Gewinn vertheilt (Abs. 3 Satz 5, § 647). Diese Grundsätze des Entwurfes stimmen im Wesentlichen mit der Rechtsauffassung der Gegenwart und der Verkehrssitte überein und sind demzufolge auch, abgesehen von minder bedeutenden Einzelheiten, in die modernen Gesetzbücher und die neuesten Entwürfe übergegangen. Wie übrigens in Absatz 5 noch besonders ausgesprochen ist, stellt der Entwurf diese Grundsätze nur als dispositive auf. Sie gelten auch, wie die Auseinandersetzung überhaupt, nur für das Verhältniß der Gesellschafter unter sich. Weder durch die Auflösung der Gesellschaft, noch durch die Auseinandersetzung werden die Rechte der Gläubiger gegen die Gesellschaft berührt. Ein besonderer Vorbehalt ist diesfalls nicht erforderlich[1]). Der Entwurf giebt ferner keine besonderen Bestimmungen über die Verjährung der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger oder der mit der actio pro socio geltend zu machenden Ansprüche der Gesellschafter gegen einander[2]).

Im Einzelnen ist zu § 656 zu bemerken:

Der Gesellschafter, welcher Gegenstände quoad usum eingebracht hat, trägt den solche treffenden Zufall, ohne Ersatzanspruch an die Gesellschafter. Ist der Untergang oder die Verschlechterung nicht durch Zufall, sondern durch Schuld der übrigen Gesellschafter oder eines einzelnen Gesellschafters entstanden, so kann der betroffene Gesellschafter den Ersatz des Schadens nach allgemeinen Grundsätzen im ersteren Falle von den übrigen Gesellschaftern (Abs. 2 Satz 1), im anderen Falle von dem allein schuldigen Gesellschafter verlangen[3]). Diese aus Abs. 1 Satz 1, 2 sich ergebende Konsequenz ist, wie juristisch zutreffend, so auch in praktischer Beziehung unbedenklich. Die Härten, welche sich unter Umständen daraus ergeben können, werden regelmäßig zu einer die letzteren

α. Rückgabe der Einlagen quoad usum.

---

[1]) Ein solcher findet sich nur im preuß. A. L. R. I, 17 §§ 300, 301, 307, schweiz. Bd. Ges. Art. 551. Vergl. Sintenis II § 121 IV a. E.

[2]) Nur das preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 308—310), der bayr. Entw. (Art. 570) und das H. G. B. (Art. 146—149) haben besondere Bestimmungen.

[3]) S. code civil Art. 1851 Satz 1, Zachariä § 385; schweiz. Bd. Ges. Art. 548; hess. Entw. Art. 394, 371, bayr. Entw. Art. 579, dresd. Entw. Art. 803 Abs. 1. Vergl. Windscheid § 406 Nr. 4.

ausschließenden, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung (Abs. 5) Anlaß geben.

β. Schuldenberichtigung.

Als Schulden, welche vorab aus den gemeinschaftlichen Gegenständen zu berichtigen sind[1]), bezeichnet der Entwurf (Abs. 2 Satz 1), indem er zu den gemeinschaftlichen Schulden auch diejenigen rechnet, für welche einem Gesellschafter als Gläubiger die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften, insbesondere diejenigen Schulden, welche gegenüber den Gläubigern unter die Gesellschafter getheilt sind (vergl. § 642). Auf den Gläubiger gesehen, liegt zwar letzterenfalls keine „Gesellschaftsschuld" vor. Dagegen erscheint eine solche Schuld doch im Verhältnisse der Gesellschafter zu einander vermöge ihrer Entstehung und nach dem Gesellschaftsprinzipe als eine gemeinschaftliche. Häufig, wenn z. B. das innere Gesellschaftsverhältniß einen anderen Theilungsmaßstab ergiebt, oder wenn von der völligen Tilgung der ganzen Schuld die Geltendmachung eines Anspruches abhängt, wird sogar der eine Gesellschafter ein rechtliches Interesse an der Berichtigung der Schuld haben. In anderen Fällen kann auch nur ein Interesse thatsächlicher, idealer Natur bestehen und muß genügen. Aber abgesehen hiervon bringt schon das Prinzip, daß zunächst aus dem gemeinschaftlichen Vermögen die gemeinschaftlichen Schulden zu tilgen sind, mit sich, zu den letzteren auch alle diejenigen zu zählen, welche nach dem inneren Gesellschaftsverhältnisse als solche sich darstellen. Die Bestimmung empfiehlt sich auch deshalb, weil das Gesetz dadurch an Einfachheit gewinnt und seine Anwendung erleichtert wird.

Theilnahmepflicht aller Gesellschafter.

Die Bestimmungen in Satz 2, 3 des zweiten Absatzes erfließen unmittelbar aus dem dem § 656 zu Grunde liegenden Systeme bezw. aus der durch die Gesellschaft begründeten Gemeinschaft (vergl. § 337 Abs. 3). Es folgt hieraus, daß die Gesellschafter zum Zwecke der Schuldentilgung bei der Auseinandersetzung eventuell über die Beitragspflicht hinaus Nachschüsse zu leisten verpflichtet sind. Alle Gesellschafter, auch diejenigen, welche nur persönliche Dienstleistungen beizutragen hatten, haben nach den Bestimmungen über die Verlusttragung den Ausfall mitzutragen (§ 647), wofern nicht ein Anderes verabredet ist[2]).

γ. Erstattung der Einlagen quoad sortem.

Auch Abs. 3 Satz 1, 2 ist eine Konsequenz des Systemes; es liegt hierin zugleich ausgesprochen, daß nicht nur der Gesellschafter, welcher einen Gegenstand quoad sortem beigetragen hat, keinen Anspruch auf Restitution in natura hat, sondern daß ihm auch die Ausfolgung des von ihm Eingebrachten in natura

---

[1]) S. Zachariä § 385; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 241, 242; österr. G. B. § 1192; schweiz. Bd. Ges. Art. 549; bayr. Entw. Art. 582, dresd. Entw. Art. 804.

[2]) Ebenso code civil Art. 1853, Zachariä § 380 Nr. 4, § 385; sächs. G. B. §§ 1365, 1377; schweiz. Bd. Ges. Art. 530, 531; hess. Entw. Art. 376, 389, dresd. Entw. Art. 804, 789; H. G. B. Art. 106—109; anders preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 255—258 (Eccius II § 143 S. 364); österr. G. B. §§ 1197, 1193; bayr. Entw. Art. 551. Für das gemeine Recht besteht Streit, ob der nur persönliche Leistungen oder nur Gegenstände quoad usum konferirende Gesellschafter am Verluste mitzutragen habe.

nicht wider seinen Willen aufgedrungen werden kann[1]). Die Bestimmung, wonach die Einlagen, welche in Gewährung des Gebrauches oder der Benutzung eines Gegenstandes bestehen, den in persönlichen Leistungen bestehenden Einlagen in der Richtung gleichgestellt sind, daß auch für sie ein Ersatz nicht zu leisten ist (Abs. 3 Satz 3), folgt allerdings nicht in gleicher Weise aus dem Systeme des Entwurfes. Die Gleichstellung ist aber gerecht, und durch sie werden die Bedenken, welche sich gegen die Vorschrift, daß die persönlichen Leistungen außer Anschlag bleiben, geltend machen lassen, zum Theil gemindert. Ob das H. G. B. ein Anderes bestimmt, darf dahingestellt bleiben. Die eigenthümlichen Vorschriften desselben (Art. 106, Hahn I S. 362) über die Verzinsung der Einlagen rechtfertigen eine verschiedene Beurtheilung des Falles. Von selbst versteht sich, daß unter den Gesellschaftern die Gewährung eines Ersatzes für durch den Gebrauch und die Benutzung der Gegenstände herbeigeführte Abnutzung derselben vereinbart werden kann (Abs. 5)[2]). δ. Persönliche 2c. Leistungen.

Die Bestimmungen in Satz 4, 5 des Abs. 3 sind unmittelbare Folgen des Systemes. Daß der an den Einlagen entstehende Ausfall den Einlegern zur Last bleibt, findet gewissermaßen eine Ausgleichung in dem Umstande, daß die in der Arbeit oder in der Nutzung von Gegenständen bestehenden Leistungen überhaupt nicht erstattet werden. Aus Satz 5 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 3 ergiebt sich, was der Entwurf — insoweit im Einklange mit dem geltenden Rechte — unter Gewinn, was er unter Verlust versteht[3]). ε. Vertheilung von Gewinn und Verlust.

Die Verwerthung der gemeinschaftlichen Gegenstände des Vermögens ist nur insoweit für die Zwecke der Auseinandersetzung unbedingt erforderlich, als die Mittel zur Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden und Erstattung der Einlagen (Abs. 2, 3) beschafft werden müssen. Darüber hinaus greifen die allgemeinen Grundsätze über die communio (§§ 767 ff., 773, 647) Platz[4]). Versilberung des gemeinschaftl. Vermögens.

Im Anschlusse an die gemeinrechtliche Theorie ist in einzelnen neueren Kodifikationen bestimmt, daß bei einer Gesellschaft, welche das ganze (gegenwärtige) Vermögen der Gesellschafter zum Gegenstande habe, das bei Auflösung der Gesellschaft vorhandene (reine) Vermögen im Zweifel ohne vorherige Allgemeine Vermögensgesellschaft.

---

1) Ebenso H. G. B. Art. 143, Zachariä § 385, sächs. G. B. § 1388, schweiz. Bd. Ges. Art. 548, dresd. Entw. Art. 803 Abs. 4; vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. XIII Nr. 54 S. 230. Der hess. Entw. Art. 395, 396 und der bayr. Entw. Art. 580 schreiben Vertheilung des quoad sortem gemeinschaftlichen Vermögens unter die beitragenden Gesellschafter nach Verhältniß der Größe der Beiträge vor. Nach dem preuß. Rechte besteht ein obligatorischer Anspruch der Gesellschafter auf Restitution der quoad sortem beigebrachten Gegenstände, soweit sie nicht zur Schuldentilgung verwendet sind, in natura (Eccius a. a. O. II S. 371). Nach dem österr. G. B. § 1192 bleibt der „Hauptstamm“ Eigenthum derjenigen, welche dazu beigetragen haben.

2) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 243; österr. G. B. §§ 1183, 1192, 1197; sächs. G. B. § 1388; schweiz. Bd. Ges. Art. 549; bayr. Entw. Art. 581, dresd. Entw. Art. 803.

3) Treitschke a. a. O. §§ 40, 79; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 241, 242, 243; sächs. G. B. § 1388; schweiz. Bd. Ges. Art. 549; hess. Entw. Art. 395, bayr. Entw. Art. 582, dresd. Entw. Art. 804.

4) Treitschke a. a. O. § 79; preuß. A. L. R. a. a. O. § 206; österr. G. B. § 1215; hess. Entw. Art. 397, bayr. Entw. Art. 583. Vergl. dagegen H. G. B. Art. 137.

Erstattung der Beiträge lediglich nach der Zahl der Gesellschafter unter diese zu vertheilen sei. Zu einer derartigen besonderen Bestimmung liegt jedoch ein Bedürfniß nicht vor. Auch in Ansehung der Auflösung einer solchen Gesellschaft ist nichts Besonderes vorzuschreiben; die Bestimmungen der §§ 648—655 passen vollkommen[1]).

§§ 657, 658.

Ausscheiden eines Sozius, Vereinbarung,

Um einem unverkennbaren praktischen Bedürfnisse entgegenzukommen, zugleich zur Erhaltung der Uebereinstimmung mit dem H. G. B. (Art. 127), erklärt der Entwurf § 657 die vor der Auflösung der Gesellschaft getroffene Vereinbarung der (aller) Gesellschafter für zulässig, daß, falls ein Gesellschafter (einer der Gesellschafter oder ein einzelner bestimmter Gesellschafter) kündige, sterbe oder über sein Vermögen der Konkurs eröffnet werde, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. Im Falle einer solchen Uebereinkunft, an welcher auch der Ausscheidende, insbesondere bei Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung vor dieser auch der (in der Folge) Kündigende Theil genommen haben muß, scheidet, wenn das durch die Uebereinkunft in Aussicht genommene Ereigniß, welches an sich die Auflösung der Gesellschaft unter allen Gesellschaftern ipso jure nach sich gezogen haben würde, in der Person des betreffenden Gesellschafters eintrifft, nur dieser Gesellschafter aus der bestehen bleibenden Gesellschaft aus, und zwar zu dem Zeitpunkte, in welchem ohne die Uebereinkunft die Gesellschaft durch das betreffende Ereigniß aufgelöst sein würde (§§ 648, 652, 653). Die übrigen Gesellschafter bleiben gegeneinander nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages, d. h. des ursprünglichen oder später vielleicht mit Rücksicht auf diesen Fall geänderten oder ergänzten Gesellschaftsvertrages berechtigt und verpflichtet[2]).

Zeit des Ausscheidens.

Von einer Vereinbarung der „übrigen Gesellschafter" nach Auflösung der Gesellschaft spricht der Entwurf nicht. Ein solcher Vertrag würde, wenn er auch sich als Fortsetzung der Gesellschaft bezeichnete, juristisch nothwendig einen neuen Gesellschaftsvertrag darstellen. Die alte Gesellschaft wäre ipso jure durch das betreffende Ereigniß aufgelöst und diese von Rechtswegen eingetretene Thatsache könnte nicht rechtlich als nicht geschehen aus der Welt geschafft, sondern nur materiell und obligatorisch in ihren Wirkungen unter den neuen Gesellschaftern durch entsprechende Bestimmungen des neuen Vertrages aufgehoben werden.

---

[1]) Windscheid § 406 N. 14; sächs. G. B. § 1391; dresd. Entw. Art. 809.

[2]) Windscheid § 408 N. 18, 19; Treitschke § 84; Entsch. d. R. G. in Civils. XVI Nr. 11 S. 45; bayr. Entw. Art. 578, dresd. Entw. Art. 805. Der code civil (Art. 1868) kennt nur eine derartige Uebereinkunft für den Fall des Todes eines Gesellschafters; das sächs. G. B. (§§ 1386, 1387) bestimmt, daß, falls nach Kündigung oder Tod eines Gesellschafters oder nach der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen, dies, wenn nicht etwas Anderes während des Bestehens der Sozietät bestimmt worden ist, als eine neue Gesellschaft anzusehen sei; vergl. österr. G. B. § 1207.

Der § 658 bestimmt über das in Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters zwischen ihm bezw. seinem Erben oder dem Konkursverwalter und den in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschaftern in Ansehung der Auseinandersetzung entstehende Rechtsverhältniß, und zwar gleichfalls wesentlich in sachgemäßem Anschlusse an die Vorschriften des H. G. B. Art. 130, 131; der zweite Absatz des § 658 ist deutlicher und treffender gefaßt, als der entsprechende Abs. 2 des Art. 130 H. G. B. Die Auseinandersetzung auf Grund der Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens (§ 657) erfolgt zwischen dem ausgeschiedenen und den übrigen Gesellschaftern; sie sind hierzu gegenseitig berechtigt und verpflichtet (Abs. 1)[1]). Gemäß Abs. 3 sind in Ansehung der laufenden Geschäfte die übrigen Gesellschafter gegenüber dem ausgeschiedenen die geschäftsführenden Gesellschafter[2]). — Der ausscheidende Gesellschafter muß sich für seinen bei der Auseinandersetzung ermittelten Antheil mit einer Abfindung in Geld begnügen und kann außerdem nur noch die Ausfolgung der quoad usum eingebrachten Gegenstände fordern (Abs. 4, 5; vergl. § 656 Abs. 1, 3). Die von ihm quoad sortem eingebrachten Gegenstände kann er hiernach nicht zurückverlangen; sie bleiben in der Gesellschaft wie die übrigen in Folge des Gesellschaftsverhältnisses (§§ 631, 641) gemeinschaftlich gewordenen Gegenstände[3]).

Auseinandersetzung.

Abfindung des Ausscheidenden.

In § 658 Abs. 4 ist bestimmt, wie sich die Vermögensänderung in Ansehung der Antheile des Ausscheidenden vollzieht, nämlich nicht von Rechtswegen, auch nicht durch die Bezahlung der Abfindung, sondern durch die seitens des Ausscheidenden ꝛc. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erfolgende Uebertragung auf die übrigen Gesellschafter, und zwar sind unter den gemeinschaftlichen Gegenständen auch die Forderungen verstanden, an welchen der betreffende Gesellschafter als solcher einen Antheil (§§ 320, 631, 641, 642) erworben hatte; diesen Antheil muß er den übrigen Gesellschaftern abtreten. Ob das H. G. B. bezüglich des Ueberganges des Antheiles des Ausscheidenden an den gemeinschaftlichen Gegenständen auf die übrigen Gesellschafter einen anderen Standpunkt einnimmt, kommt wegen der besonderen Bestimmungen desselben über das Gesellschaftsvermögen nicht in Betracht[4]). Für den Standpunkt des Entwurfes ist ausschlaggebend, daß hierdurch eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen, welche zudem in Ansehung der Führung des Grundbuches schwer durchführbar wäre, vermieden und dem ausscheidenden Gesellschafter der erforderliche Schutz gewährt wird. Er hat zu übertragen nur gegen Bezahlung der entsprechenden Abfindung.

Uebertragung seines Antheiles auf die Bleibenden.

---

1) Ebenso dresd. Entw. Art. 806, bayr. Entw. Art. 585, code civil Art. 1868; vergl. preuß. A. L. R. I, 17 § 294, Entsch. d. R. G. in Civils. XV Nr. 19 S. 81 ff.

2) Zu Abs. 3 vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XV Nr. 60 S. 207, Seufferts Archiv XXXI Nr. 158, Entsch. d. R. G. in Civils. XV Nr. 19 S. 81, Hahn, Komm. zum H. G. B. I S. 501.

3) Ebenso preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 293, 295 (Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum S. 30), bayr. Entw. Art. 585, dresd. Entw. Art. 807.

4) H. G. B. Art. 131, Hahn, Komm. I S. 500, 502; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. X S. 51 ff., d. R. G. in Civils. VII Nr. 31 S. 93. Unklar dresd. Entw. Art. 807, bayr. Entw. Art. 585.

Aus der Bestimmung in Abs. 5 Satz 2 folgt insbesondere, daß der ausscheidende Gesellschafter behufs der Werthsermittelung nicht den Verkauf gemeinschaftlicher Gegenstände fordern darf.

Antheil am Verluste;

In Abs. 6 ist endlich in sachgemäßer Weise noch der Fall vorgesehen, daß sich bei der Auseinandersetzung auf Grund der Vermögenslage zur Zeit des Ausscheidens des Gesellschafters ein Verlust (§ 656 Abs. 2) ergiebt; der Ausscheidende ist den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse, in welchem er den Verlust zu tragen hat, aufzukommen verpflichtet.

Haftung gegenüber den Gläubigern.

An den aus dem Gesellschaftsverhältnisse hervorgegangenen Verbindlichkeiten des aus der Gesellschaft Ausscheidenden gegen Dritte wird diesen gegenüber durch sein Ausscheiden nichts geändert. Er bleibt den Gläubigern nach wie vor in der bisherigen Weise verhaftet. Es ist aber dem Ausscheidenden der Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter auf Bewirkung seiner Befreiung von solchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beigelegt (Abs. 5 Satz 1)[1].

Auch die Bestimmungen des § 658 sind nur dispositive; eine Hinweisung auf diesen Karakter derselben ist jedoch entbehrlich. Es kann also sowohl bei der vor Auflösung der Gesellschaft stattgehabten Uebereinkunft (§ 657), als nach der Auflösung der Gesellschaft zwischen dem Ausscheidenden ꝛc. und den übrigen Gesellschaftern ein Anderes vereinbart werden.

§ 659.

Offene Erwerbsgesellschaft.

Indem der Entwurf Erwerbsgesellschaften, welche sich nach den Bestimmungen des H. G. B. als Handelsgesellschaften nicht betrachten lassen, die Möglichkeit eröffnet, gleichwohl als offene Handelsgesellschaften im Sinne des H. G. B. zu gelten und nach den für die offene Handelsgesellschaft bestehenden Vorschriften beurtheilt zu werden, giebt er die durch das praktische Bedürfniß absolut gebotene Ergänzung seiner Normirung des Gesellschaftsrechtes. Ohne diese Ergänzung würden die Vorschriften über die Gesellschaft an einer empfindlichen Unvollständigkeit leiden und, namentlich wegen der Bestimmungen über das Gesellschaftsvermögen, zur Befriedigung des Bedürfnisses nicht ausreichen[2].

Voraussetzungen: Erwerbsgeschäft;

Als Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der auf die offene Handelsgesellschaft sich beziehenden Vorschriften sind von dem Entwurfe aufgestellt der Abschluß des Gesellschaftsvertrages zum Zwecke der Betreibung eines Erwerbsgeschäftes und der Vertrag der Gesellschafter, daß die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften auf die eingegangene Erwerbsgesellschaft Anwendung finden sollen. Erste Voraussetzung ist hiernach im Einklange mit dem H. G. B. (Art. 85 Abs. 1, Art. 266), daß gewerbsmäßiger Geschäftsbetrieb bezweckt ist. Für die Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Erwerbsgeschäften kann die Anwendbarkeit der erwähnten Vor-

---

[1] Preuß. A. L. R. a. a. O. § 300; dresd. Entw. Art. 808. Zu Abs. 5 Satz 1 vergl. §§ 595 Abs. 3, 664, 677, 684, 753, dagegen § 318 Abs. 1, § 495.

[2] Vergl. Nürnberger Protokolle S. 1273, 1291, 1292, 2997, 2998, 3036—3038.

schriften nicht vereinbart werden[1]). Die Beschränkung der Vorschrift auf Erwerbsgesellschaften, zu welchen sich Produzenten behufs Verwerthung ihrer Produkte, in Natur oder nach vorgängiger Verarbeitung, vereinigen (württemb. Einf. Ges. zum H. G. B. v. 13. August 1865 Art. 4), wäre dagegen nicht gerechtfertigt.

Der Entwurf erfordert den Vertrag der Gesellschafter, daß auf ihre Gesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften anwendbar sein sollen. Es genügt hiernach nicht der Wille der Gesellschafter, unter einem gemeinschaftlichen Namen aufzutreten[2]). Mit Konstatirung dieses Willens allein wäre keineswegs außer Zweifel gestellt, daß die Gesellschafter die stillschweigende Anwendbarkeit der fraglichen Vorschriften gewollt haben. Hierin liegt gerade der Schwerpunkt, und dieser letztere Wille der Gesellschafter muß festgestellt sein. Dies geschieht naturgemäß durch einen darauf abzielenden Vertrag. Dieser wird an sich auch nicht ersetzt durch den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister, wenngleich der Abschluß des Vertrages in concreto durch solchen Antrag der Gesellschafter dokumentirt sein kann. Jener Vertrag genügt; der Entwurf stellt keinen Registrirungszwang in dem Sinne auf, daß der Vertrag erst bindend und wirksam würde durch die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister[3]). Allerdings unterliegt eine Erwerbsgesellschaft, deren Theilhaber die Anwendbarkeit der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften vereinbart haben, zufolge dieses Vertrages dem Registrirungszwange, aber nur im Sinne jener für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften des H. G. B. (Art. 86, 110). Mit der Aufstellung des Registrirungszwanges in dem ersterwähnten Sinne würde in störender Weise, ohne einen erheblichen Nutzen, von einem wesentlichen Grundsatze des H. G. B., insbesondere von Art. 110 desselben, abgewichen. Vertrag.

Beim Zusammentreffen der genannten Voraussetzungen werden alle auf die offene Handelsgesellschaft sich beziehenden Vorschriften auf die betreffende Erwerbsgesellschaft ohne Ausnahme anwendbar. Der Entwurf hat mit seiner Bestimmung hiernach nicht blos die Vorschriften des H. G. B. im Auge. Es gelten für eine derartige Erwerbsgesellschaft z. B. auch die Vorschriften der Konk. O. §§ 198—201, und im Sinne des Entwurfes auch die Strafvorschriften des § 214. Hierüber kann ein Zweifel nicht entstehen; denn die Vorschrift des § 659 stellt die fraglichen Erwerbsgesellschaften der offenen Handelsgesellschaft in jeder Hinsicht gleich. Durch die namentlich hervorgehobenen Beziehungen soll diese Tendenz nur klargestellt werden. Darunter hebt der Entwurf insbesondere die in Ansehung der Kaufleute gegebenen Bestimmungen hervor (vergl. Art. 5 des H. G. B.). Es läßt sich von den wichtigen in An- Anwendung der Vorschriften über die off. Handelsgesellschaft.

[1]) Hahn, Komm. I S. 309, 23 ff.; Goldschmidt Handbuch § 43 Nr. 3; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. III Nr. 84 S. 407, IX Nr. 119 S. 436, XXI Nr. 10 S. 28 ff.; vergl. dresd. Entw. Art. 810, schweiz. Bd. Ges. Art. 552.

[2]) Dresd. Entw. Art. 810.

[3]) R. Ges. über die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 11. Juni 1870 Art. 178, 198, 211, 214, jetzt R. Ges. v. 18. Juli 1884 Art. 178, 180 ff., Art. 211, 214. Vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 552 Abs. 2, 3.

sehung der Kaufleute gegebenen Bestimmungen nicht ein Theil aussondern. Die Vorschriften des H. G. B. über die offene Handelsgesellschaft stehen in einem gewissen Zusammenhange mit den auf die Kaufleute sich beziehenden Bestimmungen und werden durch die letzteren in erheblichen Beziehungen vervollständigt und ergänzt. Eine große Zahl der in Frage kommenden Bestimmungen des H. G. B. wird ohnehin in das bürgerliche Gesetzbuch übergehen. Nur eine verhältnißmäßig geringe Zahl von Bestimmungen kommt hiernach noch in Betracht, insbesondere diejenigen über die zu prästirende culpa (Art. 282), über die Zinsen (Art. 287—291), über die Vergütung von Diensten (Art. 290), über die kaufmännische Anweisung (Art. 300 ff.), über das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht (Art. 309 ff.) Aus der Anwendbarkeit aller jener Vorschriften kann kaum ein nennenswerther Uebelstand entstehen, wohl aber ihre Nichtanwendbarkeit einen solchen insofern hervorrufen, als in vielen Fällen in hohem Maße zweifelhaft bleiben wird, ob die Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft nach den Bestimmungen des H. G. B. oder nach der vorliegenden Vorschrift sei. Es macht sich also dieselbe praktische Erwägung geltend, welche bei der Berathung des R. Ges. über die Kommanditgesellschaften auf Aktien ꝛc. v. 11. Juni 1870 zu der dem § 11 des Genossenschaftsges. v. 4. Juli 1868 entsprechenden Bestimmung[1]) geführt hat, daß die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften als Handelsgesellschaften anzusehen und die für Kaufleute gegebenen Bestimmungen auf sie anzuwenden seien, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften bestehe. Diese umfassende Anwendbarkeit ist auch innerlich berechtigt. Klar ist dies ohne Weiteres bei derjenigen Erwerbsgesellschaft, zu welcher sich mehrere Personen behufs der Gewinnung und Verwerthung von Produkten, sei es in Natur oder nach vorheriger Verarbeitung, vereinigt haben. Es fehlt in der That, wenn die Gesellschafter die Anwendbarkeit der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft vereinbart haben, an jedem Grunde, eine solche Gesellschaft nach irgend einer Seite anders zu beurtheilen, als eine offene Handelsgesellschaft, welche eine solche nach den Bestimmungen des H. G. B. ist (vergl. württemb. Einf. Ges. zum H. G. B. Art. 4). Die Vorschrift des § 659 wird sich aber vorzugsweise für Erwerbsgesellschaften der bezeichneten Art praktisch erweisen. Bei anderen Erwerbsgesellschaften werden die Gesellschafter sich nur selten veranlaßt finden, die Anwendbarkeit der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft durch Vertrag zu bestimmen. Es wird dies im Wesentlichen nur vorkommen bei umfangreichen Unternehmungen, welchen Spekulationen zu Grunde liegen, die den kaufmännischen Spekulationen verwandt sind, so daß das Unternehmen nach innen wie nach außen eine Art von kaufmännischem Betriebe ergeben wird. Mithin besteht auch in Ansehung dieser Gesellschaften kein Grund, die Anwendbarkeit der einen oder anderen der fraglichen Vorschriften auszuschließen.

Durch die Vorschrift des § 659 und durch die Aufnahme derselben in den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches wird der Revision des H. G. B.

---

[1]) R. Ges. v. 11. Juni 1870 Art. 5, 174, 208 (R. Ges. v. 18. Juli 1884 Art. 174, 208).

in keiner Weise vorgegriffen. Es wird sich aus der Vorschrift höchstens die Nothwendigkeit ergeben, dieselbe bei jener Revision in gleicher Art wie manche andere Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches gebührend zu berücksichtigen. Bei der Revision des H. G. B. kann auch erst darüber befunden werden, ob die Vorschrift des § 659 in dem bürgerlichen Gesetzbuche zu belassen oder dem H. G. B. einzuverleiben ist.

Die Zulässigkeit einer Kommanditgesellschaft[1]) zu bestimmen, ist durch ein zureichendes praktisches Bedürfniß nicht erfordert. Ebensowenig sind besondere Vorschriften über die sog. stille Gesellschaft (vergl. H. G. B. Art. 250 ff.) in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen; die allgemeinen Vorschriften über die Gesellschaft genügen auch für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse aus einer solchen Gesellschaft. Kommandit-, stille Gesellschaft.

Vierzehnter Titel.

Leibrente.

§ 660.

Der dresd. Entw. (Art. 862—921) faßt in einem Abschnitte unter dem Titel „Schuldverhältnisse aus gewagten Verträgen" die sog. Glücksverträge, den Leibrentenvertrag, Versorgungsvertrag, Leibgedingsvertrag und den Versicherungsvertrag zusammen, ohne jedoch allgemeine Bestimmungen über gewagte Verträge zu geben. In ähnlicher Weise verfahren der code civil Art. 1964 ff. und der hess. Entw. Art. 555 ff. Auch das preuß. A. L. R. I, 11 (6. Abschnitt) §§ 527 ff.[2]) stellt die Kategorie der gewagten Geschäfte (darunter gleichfalls den Leibrentenvertrag) auf, wobei es eine Anzahl allgemeiner Grundsätze, namentlich über die emtio spei und rei speratae, den unbedingten und bedingten Hoffnungskauf und über die Wirkung eines Verhehlens der Wissenschaft über den Ausgang vorausschickt. Der Entwurf hat besondere Vorschriften über gewagte Verträge im Allgemeinen nicht aufgenommen[3]). Solche Bestimmungen sind schon wegen der Unbestimmtheit des Begriffes eines gewagten Vertrages im Gegensatze zu dem nicht gewagten Vertrage nicht am Platze. Hiernach entfällt die ohnehin mißliche Zusammenfassung gewisser Verträge als gewagter Verträge als gegenstandslos. Für die einzelnen Verträge, soweit ihre Normirung überhaupt in den Bereich des bürgerlichen Gesetzbuches fällt und erforderlich oder zweckmäßig erscheint, werden die geeigneten Vorschriften je besonders gegeben (Leibrente, Spiel und Wette)[4]). Gewagte Verträge.

---

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 590 ff.

[2]) Vergl. österr. G. B., 29. Hptst., §§ 1267—1292 (Leibrente §§ 1284—1286).

[3]) Ebenso sächs. G. B. und das schweiz. Bd. Ges.

[4]) S. zu § 459 am Schlusse.

Allgemeiner Versorgungs-, Alimentationsvertrag. Der Entwurf enthält sich insbesondere der Regelung des allgemeinen Versorgungs- oder Alimentationsvertrages. Auslegungsregeln zur Bestimmung des Umfanges der Leistungen, wie solche z. B. der dresd. Entw. Art. 878 ff. aufstellt, sind hier nicht am Platze. Nur die Würdigung der Umstände des konkreten Falles kann das Richtige treffen. Es kann z. B. einen erheblichen Unterschied für die Beurtheilung begründen, wenn die Alimentationspflicht schenkungsweise übernommen, wenn die Alimentation im Hauswesen des Verpflichteten, vielleicht nur während einer gewissen Zeit (während des Besuches einer Unterrichtsanstalt) zu erfolgen hat oder wenn der Vertrag über die Versorgung eines Verarmten zwischen der zur Unterstützung verpflichteten Gemeinde und einem Dritten geschlossen wird. Insbesondere konnte auch nicht die Ausdehnung der Bestimmungen über den Leibrentenvertrag auf den Alimentationsvertrag überhaupt in Frage kommen. Sie passen nicht, wenn Naturalalimente nach Bedürfniß zu gewähren sind; wenn dagegen anderweite Bezüge zu fordern sind, so liegt in tantum ein Leibrentenvertrag vor, so daß jene Vorschriften von selbst anwendbar werden.

Leibgedings-, Altentheilsvertrag. Einen Versorgungsvertrag giebt es jedoch, welcher sowohl wegen seiner Häufigkeit, als wegen der vielen Streitigkeiten, zu welchen er Anlaß zu geben pflegt, allerdings eine besondere Beachtung verdient — der Leibgedings-, Leibzuchts-, Auszugs-, Altentheilsvertrag, insbesondere wenn er mit Ueberlassung eines Gutes verbunden ist. Der Entwurf trifft über den Inhalt des Leibgedingsvertrages keine besonderen Bestimmungen. Welche obligatorischen Rechte und Pflichten der Vertragschließenden aus einem derartigen Vertrage entspringen, läßt sich nicht im Allgemeinen bestimmen. Was in der einen oder anderen Beziehung vorzuschreiben als nothwendig oder angemessen erscheint, hängt vielmehr von Sitten, Gebräuchen und mancherlei Verhältnissen ab, welche in den einzelnen Gebieten des deutschen Reiches völlig verschieden sind. Die Erlassung solcher dispositiven oder interpretativen Rechtsnormen[1]) muß daher den Landesgesetzen vorbehalten bleiben (s. Anmerkung zur Ueberschrift dieses Titels). Die fraglichen Verträge haben überdies zugleich eine wichtige sachenrechtliche Seite, in welcher Richtung das Erforderliche gleichfalls im Einführungsgesetze vorzusehen sein wird. Diese sämmtlichen Vorschriften stehen ersichtlich in nahem Zusammenhange.

Leibrente. I. Leibrentenvertrag: Möglich und erforderlich sind allgemeine Vorschriften über die Leibrente. Der Leibrentenvertrag ist mit dem Versicherungsvertrage zwar verwandt, stellt sich aber als ein Vertrag besonderen Karakters dar, welcher eben deshalb nicht mit dem Versicherungsvertrage von der Regelung im Entwurfe auszuschließen ist. Auch die bestehende Gesetzgebung hat den Leibrentenvertrag besonders behandelt. Gewöhnlich wird den Vorschriften über den Leibrentenvertrag eine Begriff. Art von Definition desselben vorausgeschickt und hierbei der gegenseitige Leib-

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 602, 605; bad. L. R. Satz 1100a, 1100c—g, 1983a ff.; bad. Edikt v. 25. September 1867; sächs. G. B. §§ 1157—1172, 641; schweiz. Bd. Ges. Art. 523; zür. G. B. §§ 1671 ff.; hess. Entw. Art. 575 ff., bayr. Entw. Art. 794 ff., dresd. Entw. Art. 879—893.

rentenvertrag, Versprechen der Leibrente gegen ein Aequivalent, zu Grunde gelegt, woneben theilweise die für den gegenseitigen Vertrag gegebenen Normen auch auf die durch Schenkung (oder Vermächtniß) bestellte Leibrente für entsprechend anwendbar erklärt werden. So definirt nach dem Vorgange des preuß. A. L. R. I, 11 §§ 606 ff. der dresd. Entw. Art. 871: durch den Leibrentenvertrag werde der Rentenschuldner dem Rentengläubiger zu bestimmten, auf die Lebenszeit einer gewissen Person versprochenen wiederkehrenden Leistungen (Leibrente) und der Rentengläubiger dem Rentenschuldner zur Entrichtung einer bestimmten Summe Geldes oder eines nach seinem Geldwerthe bestimmten Gegenstandes verpflichtet[1]). Die Leibrente könne in Geld oder in anderen vertretbaren Sachen bestehen. In Art. 877 werden sodann die Vorschriften über den gegenseitigen Leibrentenvertrag auf die durch Schenkung oder Vermächtniß bestellten Leibrenten für anwendbar erklärt[2]). Eine Definition des Leibrentenvertrages ist nicht nöthig und die angeführte Definition bedenklich. Sie beschränkt den Leibrentennvertrag in doppelter Richtung. Einmal soll hiernach die Gegenleistung in Geld bestehen oder doch ihr Geldwerth bestimmt sein. Warum aber ein gegenseitiger Leibrentenvertrag nicht als solcher sollte zu betrachten sein, wenn als Gegenleistung nicht eine Geldsumme, sondern ein anderer Gegenstand ohne Bestimmung des Geldwerthes desselben bedungen worden, ist nicht ersichtlich. Dieser Vertrag kann doch nicht ungültig sein; andererseits passen auf ihn die vom Entwurfe aufgestellten Normen vollständig. Dies wird durch die im Gebiete des preuß. A. L. R. gemachten Erfahrungen bestätigt. Trotz jener, auch im A. L. R. sich findenden Beschränkung hat die Praxis sich genöthigt gesehen, die gegenseitigen Leibrentenverträge, in welchen eine nicht in Geld veranschlagte Gegenleistung bestimmt ist, als wirksam anzuerkennen und nach den Bestimmungen des A. L. R. über Leibrentenverträge zu beurtheilen. Wie überflüssig es ferner ist, durch eine Vorschrift der beregten Art eine Vergleichung der Rente mit den landesüblichen Zinsen zu ermöglichen, ehren die preuß. Kab. O. v. 10. Juli 1835 (G. S. S. 100) und die Gründe, wodurch dieselbe veranlaßt worden[3]). Wenn sodann in Ansehung der Leibrente beigefügt ist, dieselbe müsse in Geld oder in anderen vertretbaren Sachen bestehen, so hat diese Beschränkung nur insofern Berechtigung, als sie schon aus dem sprachlichen Begriffe der Leibrente sich ergiebt. Man kann aber in Zweifel ziehen, ob es mit diesem Begriffe sich nicht verträgt, von Leibrente zu reden, wenn der Berechtigte sich bestimmte periodisch wiederkehrende Leistungen anderer Art (z. B. geldwerthe fungibele Handlungen, die Gewährung fungibeler Rechte zu seinem Unterhalte) bedungen hat[4]). Die nähere Begriffsbestimmung der Leibrente ist mit dem schweiz. Bd. Ges. am besten der Wissenschaft und

Gegenstand der Gegenleistung.

Gegenstand der Leibrente.

[1]) Ebenso österr. G. B. § 1284; sächs. G. B. §§ 1150, 1151 (vergl. zür. G. B. § 1692); hess. Entw. Art. 565, 566, bayr. Entw. Art. 777, 779 Abs. 1; vergl. code civil Art. 1968.

[2]) Ebenso sächs. G. B. §§ 1156, 2776 und der bayr. Entw. Art. 793.

[3]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 610; vergl. code civil Art. 1976; zür. G. B. § 1696; hess. Entw. Art 566 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 780; Dernburg II § 160 Nr. 2.

[4]) Dernburg a. a. O. Nr. 2; hess. Entw. Art. 566 Abs. 3, bayr. Entw. Art. 779 Abs. 1.

Praxis zu überlassen. Insbesondere braucht auch nicht erläutert zu werden, daß unter Leibrente periodisch wiederkehrende Leistungen zu verstehen sind.

Der Entwurf giebt hiernach, wesentlich in Uebereinstimmung mit dem schweiz. Bd. Ges. Art. 517 ff., nur Regeln über den Inhalt des (gegenseitigen oder einseitigen) Leibrentenvertrages, welche (§ 663) auf die durch Verfügung von Todeswegen, Urtheil oder Gesetz begründete Verpflichtung zur Entrichtung einer Leibrente für anwendbar erklärt werden. Nicht zu bezweifeln ist, daß durch Vertrag auch zu Gunsten eines Dritten eine Leibrente bestellt werden kann (§ 412)[1].

Form. Der Leibrentenvertrag ist in einem Theile der bestehenden Gesetzgebung an das Erforderniß der Schriftform gebunden[2]). Es liegt jedoch kein Grund vor, hier von dem Grundsatze der Formfreiheit der Verträge (§ 91) abzuweichen. Soweit eine Schenkung in Frage steht, kommen selbstverständlich die Vorschriften der §§ 440, 441, im Falle des Versprechens einer Leibrente gegen Uebertragung des Vermögens die Vorschriften des § 350 in Betracht (vergl. § 351).

Dauer der Leibrente. Für den Leibrentenvertrag bestimmt zunächst § 660 (dispositiv), daß die Rente, sofern nicht ein Anderes vereinbart worden, auf die Lebensdauer des Leibrentengläubigers zu entrichten sei[3]). Zweifellos kann, wie durch den Vorbehalt einer anderen Vereinbarung angedeutet wird, die Leibrente durch den Vertrag auch auf das Leben eines Anderen, des Schuldners oder eines Dritten, gestellt sein[4]). Dem Begriffe der Leibrente entspricht es an sich, daß sie so lange — aber auch nur so lange — zu entrichten ist, als der Berechtigte lebt. Nichts steht aber einer Vereinbarung entgegen, welche das frühere Erlöschen der Rente bestimmt. Dahin gehört der bezeichnete Fall, wenn die Rente auf das Leben des Rentenschuldners oder eines Dritten gestellt ist. Bedenklich wäre es demnach, gerade für diesen Fall als Regel aufzustellen, daß die Rente nach dem früheren Tode des Berechtigten für die spätere Zeit bis zum Tode des Rentenschuldners oder des Dritten auf die Erben des Rentengläubigers übergehen solle[5]). Der Begriff der Leibrente erleidet hierdurch eine Art von Denaturirung. Aus dem regelmäßigen Zwecke einer Leibrente ist eher die Vermuthung zu entnehmen, daß die Leibrente auch in dem gedachten Falle mit dem Tode des Rentenberechtigten erlöschen solle (sächs. G. B. § 1153). Die Parteien können zweifellos den fraglichen Uebergang auf die Erben, in Wahrheit eine Leibrente für die Erben, vereinbaren. Eine solche Vereinbarung läßt sich aber nur

---

[1]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 612, 613; code civil Art. 1971.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 5 § 136; schweiz. Bd. Ges. Art. 518 (s. zür. G. B. § 1691); bayr. Entw. Art. 778; der dresd. Entw. Art. 872 enthält diesfalls einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung.

[3]) Ebenso dresd. Entw. Art. 873 Abs. 1; sächs. G. B. § 1152 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 517 Abs. 1, 2; bayr. Entw. Art. 781 Abs. 3.

[4]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 614; sächs. G. B. § 1152 Satz 1; schweiz. Bd. Ges. Art. 517 Abs. 1; österr. G. B. § 1285 Satz 1; code civil Art. 1971; hess. Entw. Art. 567, bayr. Entw. Art. 781 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 873 Abs. 2.

[5]) Dresd. Entw. Art. 873 Abs. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 517 Abs. 2; bayr. Entw. Art. 785; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 619, 620.

annehmen, wenn in concreto der Vertragsinhalt sie als gewollt ergiebt. Ein Vorbehalt für eine derartige Vereinbarung ist, weil ihre Zulässigkeit nicht bezweifelt werden kann, entbehrlich.

Mehrere Gläubiger

Der Entwurf übergeht den Fall, wenn sich Mehrere in demselben Vertrage eine Leibrente von einem Schuldner versprechen lassen. Die Frage, ob eine Theilung nach der Personenzahl statthabe, beantwortet sich, in Ermangelung besonderer Abreden, nach den allgemeinen Bestimmungen in §§ 320, 339, 341, wogegen die andere Frage, ob mit dem Ableben eines der mehreren Leibrentenberechtigten dessen Rate in Wegfall kommt oder den anderen anwächst, so daß die Leibrente voll bis zum Tode aller Berechtigten zu entrichten ist, der Entscheidung nach dem Inhalte des einzelnen Vertrages anheimfällt[1]).

§§ 661, 662.

Vorausentrichtung;

Dem regelmäßigen Zwecke der Leibrente, zum Unterhalte des Berechtigten zu dienen, entspricht es, daß sie im Voraus zu entrichten ist. Der Entwurf bestimmt daher in § 661 Abs. 1 als Regel (sofern nicht etwas Anderes vereinbart ist) die Vorausentrichtungspflicht[2]). Auch erscheint es, wenn die Rente in Geld besteht, angemessen, die vierteljährige (dreimonatige) Vorausbezahlung zu bestimmen[3]). Handelt es sich um andere Leistungen, so ist eine ähnliche durchgreifende Bestimmung nicht am Platze. Es erübrigt nur, die Zeit, für welche im Voraus zu entrichten ist, von dem Gegenstande und dem Zwecke der Leistung abhängig zu machen (Abs. 2; vergl. sächs. G. B. § 1154 Satz 3). Wenn endlich dem Berechtigten in Abs. 3 sowohl für den Fall, daß die Bestimmung in Abs. 2 Platz greift, als wenn eine kontraktlich bestimmte Frist für die Vorausentrichtung vorliegt, ein unbeschränktes Recht auf das im Voraus zu Entrichtende, sobald der Berechtigte nur den Anfang der Frist erlebt hat, beigelegt wird, so liegt darin zwar eine positive Bestimmung, welche sich aber aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit empfiehlt, meist auch dem Parteiwillen entsprechen wird[4]). Es folgt hieraus insbesondere, daß, falls der Berechtigte, wenn auch noch so früh nach dem von

Erwerb des Anspruches auf die Rente;

---

[1]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 615, 616, vergl. § 617; code civil Art. 1972; sächs. G. B. § 1152; bayr. Entw. Art. 785, Stobbe, deutsches Priv. R. § 196, Nr. II, 4 (Tontinenvertrag).

[2]) Ebenso preuß. A. L. R. I, 16 §§ 61, 62, Dernburg II § 160 Note 21; österr. G. B. § 1285 Satz 2; sächs. G. B. § 1154 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 519 Abs. 1; bayr. Entw. Art. 782, dresd. Entw. Art. 874.

[3]) Ebenso die in Note 1 zitirten Gesetze und Entwürfe, jedoch, abgesehen vom sächs. G. B., ohne Unterscheidung zwischen Geld- und anderen Leistungen. Das österr. G. B. bestimmt halbjährige Vorausentrichtung.

[4]) Ebenso code civil Art. 1980 Satz 2; sächs. G. B. § 1154 Satz 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 519 Abs. 2; bayr. Entw. Art. 783 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 874, 265. Für das preuß. Recht (A. L. R. I, 11 § 649) wird angenommen, daß volle Zahlung für das ganze angefangene Jahr zu leisten ist, auch wenn kürzere Zahlungstermine, aber nichts über das Ende der Zahlungen verabredet worden (Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXI Nr. 121 S. 400 ff.; Eccius II § 129 A. 29; dagegen Dernburg II § 160 Note 21).

ihm erlebten Beginne der Frist stirbt, seine Erben Anspruch auf die Leistung des gemäß Abs. 1, 3 vorauszuentrichtenden Betrages haben, andererseits gegen sie die Kondiktion auf Herausgabe des Vorausentrichteten nicht stattfindet. Der Entwurf greift übrigens der Entscheidung der Frage, ob bei einer Leibrente ein einheitliches Forderungsrecht auf die Rente im Ganzen mit Endtermin oder eine Mehrheit von bedingten Forderungsrechten anzunehmen sei, nicht vor. Für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Rentenschuldners ist die Bedeutung dieser Frage durch die Vorschrift des § 133 Abs. 2 erheblich abgeschwächt. Den Motiven zur Konk. O. (S. 290 ff.) scheint die erstere Ansicht zu Grunde zu liegen[1]).

Bemessung nach Jahresperioden.

Während die sämmtlichen Bestimmungen des § 661 dispositive sind, wohnt derjenigen des § 662 die Bedeutung einer Auslegungsregel bei. Der Leibrentenvertrag kann blos den Betrag der Leibrente bezeichnen, ohne Auskunft darüber zu geben, für welche Zeitperioden (für ein Jahr, Vierteljahr, Monat) der bestimmte Betrag zu entrichten ist. Eine interpretative Regel ist für solche Fälle ein dringendes Bedürfniß. Der Entwurf giebt sie im Einklange mit bestehenden Gesetzen[2]) und entsprechend der Erfahrung, wonach die Beziehung auf die Zeit eines Jahres die Regel bildet.

Erlöschungsgründe.

Im preuß. A. L. R. und in den neueren Entwürfen ist ausgesprochen, die Leibrente erlösche mit dem Tode desjenigen, auf dessen Lebensdauer sie versprochen worden, ohne Unterschied, ob der Tod ein natürlicher oder gewaltsamer sei[3]). Dies ist jedoch selbstverständlich. Aus dem gleichen Grunde ist die Bestimmung entbehrlich, daß der Leibrentenschuldner sich durch Rückgabe der Gegenleistung (des Rentenkapitales), selbst unter Verzichtleistung auf die schon gezahlten Renten, von seiner vertragsmäßigen Verpflichtung zur ferneren Entrichtung der Rente nicht befreien könne, sowie daß das Rentenkapital dem Rentenschuldner verbleibe, so kurz auch die Zeit dauerte, während welcher die Leibrente geleistet werden mußte[4]). Letzteres besonders hervorzuheben, wäre insofern auch nicht unbedenklich, als es zu einer irrigen Beurtheilung des Falles führen könnte, wenn in dem Leibrentenvertrage eine verschleierte Schenkung sich versteckt, z. B. wenn der Leibrentengläubiger im Gefühle einer tödtlichen Erkrankung kurz vor dem Tode sein Vermögen oder einen Theil desselben in der Form eines Leibrentenvertrages verschenkt.

Tödtung desjenigen, auf dessen Leben die Rente gestellt ist, durch den Schuldner.

In der bestehenden Gesetzgebung finden sich besondere Bestimmungen für den Fall, daß der Rentenschuldner den Tod desjenigen, auf dessen Lebensdauer die Rente gestellt ist, vorsätzlich herbeigeführt hat, oder der Rentenschuldner, falls die Rente auf sein eigenes Leben gestellt ist, sein Leben durch Selbstmord beendigt oder die Todesstrafe erlitten hat. Es wird dem Rentengläubiger das Recht

---

1) Vergl. zu § 1027; Entsch. d. R. G. in Civils. VI Nr. 58 S. 210.

2) Sächs. G. B. § 1154 Satz 1; vergl. dresd. Entw. Art. 874 Abs. 1.

3) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 619, 620; hess. Entw. Art. 574, bayr. Entw. Art. 791 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 875.

4) Vergl. code civil Art. 1979; sächs. G. B. § 1155 Satz 2; hess. Entw. Art. 569, bayr. Entw. Art. 786, dresd. Entw. Art. 876 Abs. 1.

zugesprochen, das Rentenkapital, und zwar ohne Abzug der schon gezogenen Renten zurückzufordern[1]). Solche positive Vorschriften von zugleich pönalem Karakter wären nur gerechtfertigt, sofern dringende Gründe praktischer Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit sich dafür geltend machen ließen. Derartige Gründe sind jedoch gerade für den Leibrentenvertrag nicht anzuerkennen. Allerdings wird sich kaum in einem der fraglichen Fälle die Verletzung einer kontraktlichen Verpflichtung von Seiten des Rentenschuldners annehmen und sich schon deshalb die Verpflichtung zur Fortentrichtung der Rente auf die Zeit der muthmaßlichen Lebensdauer des Getödteten nicht auf die Vorschrift des § 136 stützen lassen, abgesehen davon, daß die Anwendung des § 136 die Richtigkeit der Ansicht, daß bei einer auf Vertrag beruhenden Leibrente eine Mehrheit von bedingten Forderungsrechten anzunehmen sei, zur Voraussetzung hätte. Aber die Rechtsnormen über die Vertretung unerlaubter Handlungen gewähren die nöthige Aushülfe. Für den Fall der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tödtung des Rentengläubigers, an dessen Leben die Rente geknüpft ist, greifen die Vorschriften der § 704 Abs. 2, § 722 Abs. 2 ein. Ist die Rente auf die Lebensdauer eines Dritten gestellt, so läge in dessen Tödtung durch den Rentenschuldner gegenüber dem Rentengläubiger eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 704 Abs. 1, woraus sich zweifellos die Verpflichtung des Rentenschuldners zur Fortentrichtung der Rente für die Zeit, welche der Dritte muthmaßlich noch gelebt haben würde, ergiebt. Diese Verpflichtung würde nur in den seltenen Fällen zu verneinen sein, in welchen sich annehmen ließe, daß der Rentenschuldner, z. B. wenn der von dem Leibrentenvertrage nicht unterrichtete Erbe des ursprünglichen Rentenschuldners den Dritten getödtet hat, den Wegfall der Rente als Folge der Tödtung nicht habe voraussehen können. Kein Grund liegt vor, für diese seltenen Fälle von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. Der Selbstmord des Rentenschuldners wird mindestens als eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung im Sinne des § 705 zu betrachten sein, während die Handlung, durch welche die Todesstrafe verwirkt worden, dem Rentengläubiger gegenüber als eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 704 Abs. 1 aufzufassen sein wird. Der Rentengläubiger hat sonach auch in diesen beiden Fällen auf Schadensersatz durch Fortzahlung der Rente während einer nach den Umständen zu ermittelnden Zeit einen begründeten Anspruch, welcher nur unter seltenen Voraussetzungen, und dann mit Recht, versagt.

Selbstmord des Schuldners. Todesstrafe.

Auch über die Folgen der Nichterfüllung seitens des Rentenschuldners sind besondere Vorschriften nicht angezeigt. Wenn für den Fall, daß der Rentenschuldner mit der Entrichtung der Rente für drei aufeinander folgende Termine im Verzuge ist, dem Rentengläubiger ohne Weiteres ein in seinen Wirkungen noch besonders verschärftes Rücktrittsrecht beigelegt wird[2]), so kann

Folgen der Nichterfüllung.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 §§ 621—624, 626—630; sächs. G. B. § 1155 Satz 3; hess. Entw. Art. 574 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 791 Abs. 2, 3, dresd. Entw. Art. 876 Abs. 2. Das österr. G. B., der code civil und das schweiz. Bd. Ges. enthalten keine hierher gehörenden Spezialbestimmungen.

[2]) Code civil Art. 1977, 1978; bayr. Entw. Art. 788, 790, hess. Entw. Art. 571; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 647, 648.

für eine derartige Bestimmung angeführt werden, daß eine hartnäckige Renitenz des Rentenschuldners den Berechtigten, welcher vielleicht aus der Rente seinen Lebensunterhalt zu bestreiten hat, in eine schlimme Lage bringen kann. In den meisten Fällen wird aber der Berechtigte durch Arrest oder einstweilige Verfügung, häufig auch in Gemäßheit der Vorschriften der §§ 242, 243, 247, 369 sich zu helfen vermögen. Ueberdies ist jene exzeptionelle Bestimmung wegen der großen Härte, welche sie mit sich bringt, wenn die Rente vorher bereits längere Zeit wirklich entrichtet worden, und insbesondere, wenn der Verpflichtete im guten Glauben der Nichtverpflichtung die Entrichtung versäumte, bedenklich.

Bezüglich der Anfechtung eines Leibrentenvertrages durch die Gläubiger des Leibrentengläubigers gelten die allgemeinen Grundsätze[1]).

Liegt in dem Abschlusse des Leibrentenvertrages eine inoffiziose Schenkung, so steht dem Pflichttheilsberechtigten der Anspruch auf den außerordentlichen Pflichttheil nach den allgemeinen Vorschriften zu. Dies trifft namentlich dann und insoweit zu, als sich aus den Umständen, insbesondere aus der Vergleichung der Gegenleistung mit der Höhe der Leibrente in concreto ergiebt, daß auf Seiten des Rentengläubigers eine (versteckte) Schenkung (negotium mixtum cum donatione) vorliegt[2]).

§ 663.

II. Andere Verpflichtungsgründe.

Die Ausdehnung der Vorschriften in §§ 660—662 auf diejenigen Schuldverhältnisse, nach welchen eine Leibrente nicht in Folge eines (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Vertrages, sondern auf Grund einer Verfügung von Todeswegen, eines Urtheiles oder des Gesetzes unmittelbar entrichtet werden muß, ist unbedenklich und namentlich insofern sachgemäß, weil dadurch eine in Ansehung der vorzugsweise in Betracht kommenden Vorausentrichtungspflicht nicht seltene Unvollständigkeit der Verfügung von Todeswegen, des Urtheiles oder Gesetzes eine passende Ergänzung findet[3]).

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 640, 641; preuß. Konk. O. v. 8. Mai 1851 § 102 Nr. 1, jetzt R. Konk. O. § 24 Nr. 1, § 25 Nr. 1; Anfechtungsges. vom 21. Juli 1879; Motive zur Konk. O. S. 136; Eccius § 129 A. 34.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 637; Entwurf §§ 2009 ff.

[3]) Das sächs. G. B. §§ 1156, 2476, der bayr. Entw. Art. 793 und der dresd. Entw. Art. 877 dehnen ihre Vorschriften über den gegenseitigen Leibrentenvertrag nur auf die Schenkung und das Vermächtniß einer Leibrente aus. Der Entwurf (fünftes Buch) enthält keine Spezialbestimmungen über das Rentenvermächtniß. Vergl. § 724 Abs. 7, §§ 726, 727, 734, 735, 736; § 1491.

Fünfzehnter Titel.

Spiel und Wette.

§ 664.

Der Entwurf giebt allgemeine Vorschriften über die sog. Glücksverträge so wenig als über gewagte Geschäfte überhaupt, behandelt vielmehr nur gewisse Glücksverträge, den Spiel- und Wettvertrag und den Lotterie- oder Ausspielvertrag. Es giebt allerdings Verträge, welche denselben aleatorischen Karakter an sich tragen, wie die genannten, namentlich wie die Spiel- und Wettverträge, ohne gerade unter den Begriff der letzteren zu fallen. Möchte es sich auch vom prinzipiellen Standpunkte empfehlen, alle den gemeinsamen aleatorischen Karakter an sich tragenden Verträge denselben Normen zu unterwerfen, so muß doch auf die Aufstellung gemeinsamer Normen für alle diese Verträge verzichtet werden, weil sie einer zutreffenden gesetzlichen Definition sich entziehen. Es ist aber auch kein Bedürfniß, für alle aleatorischen Verträge der fraglichen Art Vorsorge zu treffen. Es genügt, diejenigen Verträge auszuzeichnen, welchen, wie dem Spiel- und Wettvertrage, dem Lotterie- und Ausspielvertrage, eine erhebliche praktische Bedeutung beiwohnt. Soweit andere Verträge die Verschleierung eines Spiel- oder Wettvertrages ergeben, wird in der Praxis nicht verkannt werden, daß sie trotz der Verschleierung den gleichen Grundsätzen unterliegen. 1. Glücksverträge überhaupt.

Der Entwurf (§ 664) versagt dem Spielvertrage die Anerkennung, schließt jedoch die Zurückforderung des auf Grund des Spieles Geleisteten aus und stellt hierin die Wette dem Spiele durchaus gleich. Der Entwurf vermeidet aber eine Definition des Spiel- und Wettvertrages[1]), worin er dem Vorgange des Str. G. B., des preuß. A. L. R., des sächs. G. B., des code civil und des schweiz. Bd. Ges. folgt. Die Definition ist der Wissenschaft zu überlassen, was bei der Unterstellung beider Verträge unter dieselben Regeln unbedenklich ist. Die Aufstellung eines gemeinsamen Prinzipes für beide Verträge, sowie das bezeichnete Prinzip selbst entsprechen der in der Gegenwart vorherrschenden, auch in den modernen Kodifikationen im Wesentlichen zur Anerkennung gelangten Rechtsauffassung[2]). Hiernach rechtfertigt sich die Zusammenfassung der Vorschriften über Spiel und Wette in einem Paragraphen. 2. Spiel- und Wettvertrag. Begriff.

---

[1]) Nur die neueren Entwürfe (dresd. Entw. Art. 862, 868, hess. Entw. Art. 560, 555, bayr. Entw. Art. 762, 768) geben Definitionen; vergl. hierzu Entsch. d. R. G. in Straff. VI S. 172, 174, 421, VII S. 24; Entsch. d. preuß. Oberverwaltungsgerichtes Bd. 8 S. 363 (Buchmachen).

[2]) Stobbe a. a. O. III § 193; Eccius II § 133; preuß. A. L. R. I, 11 §§ 557—580; österr. G. B. §§ 1271, 1272; code civil Art. 1965 ff.; sächs. G. B. § 1480; schweiz. Bd. Ges. Art. 512. Nach röm. Rechte erzeugt der Wettvertrag volle rechtliche Wirkung (vergl. württemb. L. R. II, 24 § 1), während nur gewisse Spielverträge erlaubt, diese voll rechtlich wirksam, die anderen Spielverträge aber nichtig sind. Es ist bestritten, ob diese Sätze für das gemeine Recht noch anzuerkennen sind,

Verbotenes Spiel oder Wette.

Der Entwurf zeichnet den verbotenen Spiel- oder Wettvertrag nicht besonders aus. Steht ein absolut verbotenes Spiel oder eine solche Wette in Frage, so sind dieselben nichtig (§ 105). In der Regel wird auch Nichtigkeit des diesbezüglichen dinglichen Vertrages (der Leistung) eintreten, sofern nämlich anzunehmen sein wird, das Gesetz habe zur Erreichung seines Zweckes durch das absolute Verbot nicht blos den obligatorischen, sondern auch den dinglichen Vertrag treffen wollen. Das Geleistete kann also vindizirt und, soweit es nicht mehr vorhanden, Ersatz mit der condictio sine causa verlangt werden. Dies auszusprechen, ist überflüssig wegen der Fassung des § 664 Satz 2, welcher die Fälle, in welchen die Leistung aus einem anderen besonderen Grunde (z. B. wegen Wahnsinnes des Leistenden, wegen der Verletzung eines Verbotsgesetzes) nichtig ist, frei läßt. Eine Bestimmung jenes Inhaltes [1]) wäre aber auch insofern nicht unbedenklich, als die Gesetze über das verbotene Spiel (z. B. Str. G. B. §§ 284, 285, 360 Nr. 14) nicht selten Zweifel darüber lassen, ob und inwieweit aus dem Verbote die zivilrechtliche Ungültigkeit des Vertrages zu folgern ist und ob nicht einer der Fälle vorliegt, auf welche der § 105 mit seinem Zusatze („sofern nicht — ergiebt") hinweist. Eine derartige Bestimmung könnte leicht als Deklaration jener Gesetze gedeutet werden, welche aber das bürgerliche Gesetzbuch nicht geben kann.

Nicht verbotenes Spiel ꝛc.; unvollkommenes Schuldverhältniß.

Abgesehen von solchen Verboten kann der Spiel- und Wettvertrag nicht schlechthin deshalb für nichtig erklärt werden, weil er gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoße (§ 106). Er erscheint vielmehr, sofern nicht besondere Umstände hinzutreten, in gewissem Maße rechtsverbindlich, soweit ihn das Gesetz nicht besonders reprobirt. Gemäß der schon bezeichneten Rechtsauffassung der Gegenwart ist diese Reprobation dahin auszusprechen und zu beschränken, daß die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen wird. Der Ausschluß der Rückforderung empfiehlt sich auch deshalb, weil Prozesse über Spiel- und Wettschulden, gleichviel ob die Leistung erfolgt ist oder nicht, überhaupt nicht zuzulassen sind. Die Rückforderung ist demgemäß auch den Erben versagt, welche in Unkenntniß von dem wirklichen Entstehungsgrunde der Schuld geleistet haben. Es ergiebt sich also ein unvollkommenes Rechtsverhältniß, indem das Gesetz einem nach allgemeinen Grundsätzen an sich gültigen Schuldverhältnisse aus besonderen Gründen die Anerkennung bis auf ein gewisses residuum versagt (§ 664 Satz 1, 2). Hieraus folgt ohne Weiteres auch, daß eine Forderung aus Spiel und Wette nicht zur Aufrechnung benutzt werden kann (vergl. § 281) [2]). Die Rückforderung aus dem bezeichneten Grunde ist

---

vergl. Windscheid II § 419, § 420. Auch der code civil, welcher im Uebrigen dasselbe Prinzip aufstellt, wie der Entwurf, scheidet gewisse erlaubte Spiele aus (Art. 1966). Dasselbe Prinzip, wie der Entwurf, befolgen auch der bayr. Entw. Art. 764, 769 und der dresd. Entw. Art. 862 863, 868, 869, jedoch mit einer gewissen Modifikation hinsichtlich der Wette (vergl. preuß. A. L. R. § 579; hess. Entw. Art. 563, 556—558).

[1]) Hess. Entw. Art. 561, bayr. Entw. Art. 765 Nr. 1; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 578, österr. G. B. §§ 1271, 1272, sächs. G. B. § 1480.

[2]) Ebenso ausdrücklich sächs. G. B. § 1480 und preuß. Recht nach Eccius II § 133 Anm. 5, Dernburg II § 158 Note 16, Entsch. d. R. G. in Civils. I Nr. 53.

aber nach dem Entwurfe gleichermaßen ausgeschlossen, mag vor oder nach der Entscheidung des Spieles oder der Wette geleistet worden sein. Wird nach der Entscheidung geleistet, so ist der in der Leistung sich bethätigende dingliche Vertrag voll wirksam. Erfolgt die Leistung nach Abschluß des obligatorischen Vertrages, aber noch vor der Entscheidung, z. B. durch bedingte Tradition, Zession oder Erlaß, so stände die Zulassung der Rückforderung vor der Entscheidung mit den Grundsätzen über bedingte Rechtsgeschäfte (§§ 128 ff.) nicht im Einklange, würde aber vor Allem den Gründen widerstreben, auf welchen die Ausschließung der soluti repetitio beruht. Die besondere Frage, ob, wenn bei einem die Thätigkeit beider Spielenden erheischenden Spielvertrage unter aufschiebender Bedingung geleistet worden, demjenigen, welcher geleistet hat, unter Berufung darauf, daß er zu jener Thätigkeit nicht verpflichtet sei und diese Thätigkeit versagen könne, daß also die Bedingung fehlgeschlagen sei, das Rückforderungsrecht auf Grund des Inhaltes des Leistungsvertrages zusteht, entscheidet der Entwurf dagegen nicht; die Entscheidung kann der Rechtswissenschaft überlassen bleiben. Auch in Ansehung des immerhin seltenen Falles der Hinterlegung des Einsatzes trifft der Entwurf[1]) keine besondere Bestimmung. Es ist kein Bedürfniß, ihn besonders vorzusehen und ihn der konkreten richterlichen Beurtheilung insbesondere nach der Richtung zu entziehen, ob und inwiefern Leistung anzunehmen ist.

Schuldversprechen oder Anerkenntniß.

Würde der Anerkennung oder dem Schuldversprechen eine ähnliche Wirkung beigelegt wie der Leistung, so wäre der gesetzlichen Reprobation des Spiel- und Wettvertrages der größte Theil ihrer Bedeutung entzogen. Schwiege das Gesetz von der Wirkungslosigkeit des Schuldanerkenntnisses oder des Schuldversprechens, so würden diese mindestens dann kaum für wirkungslos erachtet werden, wenn eine indiskrete Anerkennung in schriftlicher Form ertheilt worden (§ 683; vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVII Nr. 68 zu §§ 1480, 1482 des sächs. G. B.). Der Entwurf (Satz 3) gewährt deshalb demjenigen, welcher über eine Spiel- oder eine Wettschuld ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß ertheilt hat, gegen den Anspruch auf Erfüllung die selbständige (peremtorische) Einrede, daß die Anerkennung sich auf eine Spiel- oder Wettschuld bezogen habe, sowie den Anspruch auf Befreiung von der aus der Anerkennung sich ergebenden Verpflichtung[2]).

Rückforderung aus besonderen Gründen.

Durch die Fassung des Entwurfes, wonach die Rückforderung des Geleisteten nur insofern ausgeschlossen ist, als der Rückforderungsanspruch die Behauptung, es sei an sich kein Schuldverhältniß begründet, zur Grundlage hat, wird, wie bemerkt, das Mißverständniß vermieden, als ob die Rückforderung aus anderen Gründen, z. B. mit der condictio ob turpem causam (§ 747), mit der Betrugsklage, ausgeschlossen sei[3]). Nicht erforderlich ist eine

---

[1]) Das preuß. A. L. R. a. a. O. § 579, der hess. Entw. Art. 557, bayr. Entw. Art. 764 und dresd. Entw. Art. 869 gestatten aus der Wette die gerichtliche Klage, wenn der Wettpreis sofort baar eingesetzt oder hinterlegt worden ist.

[2]) Ebenso schweiz. Bd. Ges. Art. 513.

[3]) Dresd. Entw. Art. 863, 869, hess. Entw. Art. 562, bayr. Entw. Art. 769; schweiz. Bd. Ges. Art. 514; code civil Art. 1967.

besondere Vorschrift für den Fall einer Unredlichkeit oder heimlichen Verletzung der Spielregeln beim fortgesetzten Spiele. Betrifft die Unredlichkeit, z. B. das Spielen mit gezeichneten Karten, alle einzelnen Spiele, so ist zweifellos der Anspruch auf Zurückerstattung aller Leistungen begründet, ohne daß der Nachweis des ursachlichen Zusammenhanges zwischen der Unredlichkeit und dem Verluste bei dem einzelnen Spiele erforderlich wäre. Dieser Anspruch ist schon deshalb begründet, weil, wenn bei jedem einzelnen Spiele die Spielregeln verletzt werden, eine Spielschuld überhaupt nicht begründet worden und deshalb die Kondiktion wegen Verfehlung des bezweckten rechtlichen Erfolges (§ 742) begründet wäre. Hierbei ist der Beweis, daß wirklich bei allen einzelnen Spielen, bezw. bei welchen derselben eine Unredlichkeit des Mitspielenden stattgefunden hat, vorausgesetzt. Die Aufstellung einer Präsumtion, hergeleitet aus erwiesener Unredlichkeit bei einem Spiele, empfiehlt sich schon deshalb nicht, weil sich schwer bestimmen läßt, unter welchen Voraussetzungen ein fortgesetztes Spiel anzunehmen ist. In den meisten Fällen wird überdies das verständige richterliche Ermessen die sachgemäße Entscheidung nicht verfehlen. Für die Wette unterliegt die Frage, wenn sie überhaupt praktisch werden sollte, der gleichen Beurtheilung.

Kenntniß des Wettenden vom Ausgange.

Daß die Vorschrift, welche die Zurückforderung des Geleisteten ausschließt, bei der Wette dann nicht Platz greift, wenn der Empfänger bei Schließung des Vertrages vom Ausgange der Wette Gewißheit gehabt und dies dem anderen Theile verschwiegen hat, ist insofern richtig, aber auch selbstverständlich, als den Empfänger der Vorwurf der Unredlichkeit trifft. Es sind aber Fälle denkbar, in welchen nach den besonderen Umständen und dem daraus sich ergebenden Parteiwillen die Verschweigung der fraglichen Wissenschaft oder Gewißheit den Vorwurf der Unredlichkeit nicht zu begründen vermag. Der Entwurf hat deshalb eine allgemeine Vorschrift in jenem Sinne[1]) nicht aufgenommen.

Darlehen zum Zwecke des Spieles oder einer Wette.

Das geltende Recht schließt zum großen Theil[2]) die Rückforderung eines zum Zwecke des Spieles oder von Wetten gegebenen Darlehens aus. Dies wird durch den hierbei maßgebenden Zweck einer Einschränkung des Spieles und der Wetten nicht gerechtfertigt. Aus einer solchen allgemeinen Vorschrift können die größten, in keiner Weise zu billigenden Härten entstehen. Hierbei bleibt übrigens die Beurtheilung des Falles offen, wenn ein Spieler dem Mitspieler zum Spiele oder Weiterspiele ein Darlehen gegeben und von demselben die dargeliehene Summe gewonnen hat, ob nämlich solchenfalls nicht eine kreditirte Spielschuld anzunehmen ist[3]), sowie nicht minder des Falles, wenn ein verbotenes Spiel bezweckt ist und demgemäß die condictio ob turpem causam in Frage kommt (§ 747).

---

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 514; code civil Art. 1967; preuß. A. L. R. a. a. O. § 580; hess. Entw. Art. 558, bayr. Entw. Art. 765 Nr. 2, dresd. Entw. Art. 869.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 581; schweiz. Bd. Ges. Art. 512 Abs. 2; hess. Entw. Art. 564, 559, bayr. Entw. Art. 767, 770; dagegen Windscheid § 420 Nr. 2 Noten 6a, 7.

[3]) Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXV Nr. 290.

Der Entwurf giebt keine besondere Bestimmung über die sog. Differenzgeschäfte. Ein wahres Differenzgeschäft liegt dann vor, wenn bei einem Lieferungsgeschäfte auf Zeit die Bestimmung des Kaufpreises nur die Bedeutung hat, den Ausschlag zu geben für die Entscheidung, ob eine und welche Partei den Unterschied zwischen dem bedungenen Preise und dem Markt- oder Börsenpreise des Stichtages zu zahlen habe, so daß das Geschäft sich als wirkungslos ergiebt, sofern der Markt- oder Börsenpreis und der bedungene Preis nicht von einander abweichen, während anderenfalls der eine oder andere Theil die Differenz zu entrichten hat, oder wenn bedungen ist, daß kein Theil die Lieferung oder Abnahme zu verlangen berechtigt, bezw. zu bewirken verpflichtet, vielmehr nur die Differenz zwischen dem Börsen- oder Marktpreise des Stichtages und dem bedungenen Preise gefordert werden könne und geleistet zu werden brauche[1]). Verträge gerade dieses Inhaltes sind aber im Verkehre, und namentlich im kaufmännischen Verkehre, selten. Die auf Lieferung der börsen- und marktgängigen Waare sich beziehenden Zeitgeschäfte, welche man wohl als Differenzgeschäfte zu bezeichnen pflegt, haben regelmäßig einen anderen Inhalt. Das Recht, Lieferung zu verlangen und durch Lieferung sich zu befreien, wird darin keineswegs ausgeschlossen. Die regelmäßige Bestimmung, daß der nicht säumige Theil als Interesse nur die fragliche Differenz fordern könne, ändert hierin nichts und hat auch insofern keine erhebliche Bedeutung, als ein höheres Interesse wegen der Deckungsmöglichkeit fast nie in Frage kommt. Thatsächlich nehmen die Geschäfte freilich meist, jedoch nicht immer, den Ausgang, daß am Stichtage die Parteien über die Zahlung der erwähnten Differenz sich verständigen oder der nicht säumige Theil gegen den säumigen den Anspruch auf Zahlung der Differenz erhebt. Wenn ein solcher Ausgang gewöhnlich auch den Parteien beim Abschlusse des Vertrages vorschweben mag, so werden die fraglichen Geschäfte dadurch noch keineswegs zu wahren Differenzgeschäften. Einer solchen Auffassung stände der Umstand entgegen, daß am Stichtage der Käufer wirkliche Lieferung verlangen, der Verkäufer solche

3. Differenzgeschäft.

[1]) Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VI Nr. 48, IX Nr. 59, XIV Nr. 89, XV Nr. 78; Entsch. d. R. G. in Civils. XII Nr. 4 S. 16 ff., württemb. Archiv XVI S. 362 ff. Nach preuß. Rechte ist es streitig, ob das Differenzgeschäft als Wette zu behandeln ist: Eccius II § 133 Anm. 23, Dernburg II § 158 Note 11. Sächs. G. B. § 1482: Differenzgeschäft gilt als Spiel und Wette; ebenso dresd. Entw. Art. 870. Das österr. Ges. v. 1. April 1875, betr. die Organisation der Börse, bestimmt: bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsengeschäften ist die Einwendung, daß dem Anspruche ein als Wette oder Spiel zu beurtheilendes Differenzgeschäft zu Grunde liege, unstatthaft. Das schweiz. Bd. Ges. hat keine besondere Bestimmung über Differenzgeschäfte. Das franz. Ges. v. 28. März 1885 über Zeitgeschäfte erklärt alle solche Geschäfte über Staats- und andere Papiere und alle Lieferungsverträge über Bodenerzeugnisse und Waaren für legal und die Berufung auf code civil Art. 1965 selbst dann für unstatthaft, wenn die Geschäfte durch Zahlung eines bloßen Preis- oder Kursunterschiedes erledigt würden, nimmt jedoch diejenigen Geschäfte, bei welchen von vornherein ausdrücklich ausbedungen wird, daß nur Kursdifferenz gefordert werden dürfe, aus, welche Geschäfte auch fortan unter code civil Art. 1965 fallen (s. Goldschmidts Zeitschr. XXXII S. 515 ff., 521 ff.).

bewirken kann, und daß der erwähnte regelmäßige thatsächliche Erfolg seinen wesentlichen Grund in der Eigenthümlichkeit aller Zeitgeschäfte hat. Mit den Gesetzen, welche sich mit den Differenzgeschäften befassen, nur über die eigentlichen und wahren Differenzgeschäfte Bestimmung zu treffen und die Frage zu entscheiden, ob dieselben zu den Spiel- und Wettverträgen gehören, hat keinen Zweck, weil sie — wie bemerkt — im praktischen Leben nicht die geringste Rolle spielen. Sollten aber Gründe vorliegen, die bezeichneten, ihnen im praktischen Erfolge nahestehenden Zeitgeschäfte zu beschränken, so würde weiter zu gehen sein. Ob dies angänglich und ev. wie einzugreifen sei, darüber kann erst bei der Revision des H. G. B. entschieden werden.

§ 665.

4. Lotterie- oder Ausspielvertrag: unvollk. Schuldverhältniß.

Die Vorschrift des Satz 1 stellt den Lotterie- oder Ausspielvertrag, wenn die Lotterie oder Ausspielung nicht staatlich genehmigt ist, dem Spiel- und Wettvertrage gleich. Der theoretische Streit, ob die Lotterie und Ausspielung in den Bereich von Spiel und Wette fallen[1]), kann auf sich beruhen. Vom legislativen Standpunkte aus kann wegen par ratio zwischen Lotterie und Ausspielung einerseits und Spiel und Wette andererseits nicht unterschieden werden[2]).

Wirkung staatlicher Genehmigung.

Die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie oder Ausspielung ist reichsgesetzlich verboten und strafbar, wenn sie ohne obrigkeitliche Erlaubniß erfolgt. Das Verbot (R. Str. G. B. § 286) bezieht sich aber nur auf die öffentlichen Lotterieen und Ausspielungen, welche allerdings die wichtigsten sind. Die Frage, in welcher Weise bei diesen, wie bei privaten Lotterieen und Ausspielungen die staatliche Genehmigung wirke, beantwortet der Entwurf (Satz 2) dahin, daß die in Folge der staatlichen Genehmigung geschlossenen einzelnen Lotterie- und Ausspielverträge gültig sind, also aus ihnen ein vollkommenes Schuldverhältniß entsteht. Wollte man davon ausgehen, daß die staatliche Genehmigung nur die Verbotswidrigkeit und Strafbarkeit beseitige, ohne die Gültigkeit der einzelnen Verträge zu berühren, welche hiernach unter der Regel (Satz 1) ständen, so müßte dies insbesondere in Ansehung der Staatslotterieen erheblichen Anstoß erwecken, zumal die staatliche Genehmigung im Publikum die Ansicht hervorzurufen geeignet ist, die Ausführung der Veranstaltung sei gesichert und auf die Gültigkeit der Einzelverträge zu bauen. Man kann auch die in Folge der staatlichen Genehmigung geschlossenen Verträge nicht zwar als verbindlich für den Unternehmer, dagegen als unverbindlich für diejenigen ansehen, welche mit dem Unternehmer abschließen, wofern sie nicht ihrerseits vollständig erfüllt haben. Diese Lösung führte zu einem mißlichen negotium claudicans und damit zu mancherlei Verwickelungen. Der Zweck, welchen in Preußen die Kab. O. v. 21. Juli 1841 (G. S. S. 131) mit ihrer jener Anschauung entsprechenden

---

1) Windscheid § 420 Nr. 3; Entsch. d. R. G. in Straff. I S. 54, II S. 390, X Nr. 117, XI Nr. 59, XII Nr. 117; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 547 ff.; österr. G. B. § 1273.

2) Oesterr. G. B. § 1273; schweiz. Bd. Ges. Art. 515 Abs. 2.

Bestimmung anstrebte, nämlich dem schädlichen Lotteriespiele in gewissen Grenzen thunlichst zu steuern, läßt sich mit noch besserem Erfolge auf anderem Wege, insbesondere durch strenge Weisungen an die Lotteriekollekteure, erreichen. Die Entscheidung des Entwurfes ist konsequent und läßt besondere Uebelstände schon deshalb nicht befürchten, weil vertraut werden kann, daß, wenn einmal die staatliche Genehmigung ertheilt ist, die Gültigkeit aller nachfolgenden Verträge keinen erheblichen Bedenken unterliegt. Dies gilt in gleicher Weise von allen staatlich genehmigten Lotterieen oder Ausspielungen[1]). Im Uebrigen braucht im Gesetze nicht ausgesprochen zu werden, welche Rechte und Pflichten aus einem Lotterie- oder Ausspielvertrage bei Voraussetzung seiner Gültigkeit im Allgemeinen entspringen. Die Bestimmung insbesondere, der Unternehmer einer gültigen Lotterie sei verpflichtet, die Loosziehung zu der im Plane vorausbestimmten Zeit vorzunehmen, er sei jedoch, falls zu dieser Zeit noch nicht alle Loose abgesetzt seien, berechtigt, diese Loose auf eigene Rechnung mitzuspielen, versteht sich, soweit sie nach den Umständen des Falles als richtig erscheint, von selbst (dresd. Entw. Art. 865; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 548, 553, bayr. Entw. Art. 773 ff.). Entbehrlich ist auch die im dresd. Entw. (Art. 866) enthaltene Verweisung auf die Vorschriften über Inhaberpapiere in Ansehung der auf Inhaber gestellten Loose.

Darüber, von wem und in welcher Weise die erforderliche staatliche Genehmigung zu ertheilen ist, bleibt die Landesgesetzgebung maßgebend.

Ueber die Wirksamkeit eines gesetzlich verbotenen Lotterie- oder Ausspielvertrages bestimmt der Entwurf aus ähnlichen Gründen nichts, wie in Ansehung verbotener Spiel- und Wettverträge. Das Gleiche gilt von Bestimmungen über das verbotswidrige Spielen in auswärtigen Lotterieen[2]). *Lotterieverbote.*

Sechszehnter Titel.

Vergleich.

§ 666.

Die Vorschriften der §§ 666, 667 beschränken sich nicht auf Vergleiche über Schuldverhältnisse, umfassen vielmehr auch diejenigen Vergleiche, welche über andere Rechtsverhältnisse geschlossen werden. Vergleiche über solche, namentlich über absolute Rechte, sind erfahrungsgemäß sehr häufig. Jene Beschränkung würde nöthig machen, auch im Sachenrechte, Familienrechte und *Gegenstand: Schuld- oder anderes Rechtsverhältniß.*

---

[1]) Ebenso sächs. G. B. § 1481, schweiz. Bd. Ges. Art. 515, bayr. Entw. Art. 771, dresd. Entw. Art. 864.

[2]) Entsch. d. R. G. in Civils. V Nr. 33, XVI Nr. 19; preuß. Ges. v. 29. Juli 1885.

Erbrechte den Vergleich zu behandeln, obschon in Ansehung der aufzustellenden allgemeinen Rechtsnormen die Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses, welches den Gegenstand des Vergleiches bildet, gleichgültig ist. Der Umstand, daß, wenn der Vergleich ein absolutes Recht, z. B. Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht, unmittelbar betrifft, die Frage entsteht, ob zur Verwirklichung des Vergleiches die formellen Erfordernisse des dinglichen Vertrages, z. B. der Tradition, erfüllt werden müssen, rechtfertigt keineswegs die Trennung, sondern weit eher die Zusammenfassung der in Rede stehenden Normen in einem, dem speziellen Theile des Obligationenrechtes zu überweisenden Abschnitte, vorbehaltlich der erforderlichen besonderen Bestimmungen in den genannten speziellen Theilen des Gesetzbuches[1]). Jene Frage läßt sich doch nur dahin beantworten, daß der Vergleich an sich nur unter den Vertragschließenden wirkt, demzufolge, wenn es sich um die Rechtswirkung gegen Dritte handelt, diese Wirkung von der Erfüllung der formellen Erfordernisse des dinglichen Vertrages abhängt, worauf es freilich dann nicht ankommt, wenn der Partei, welche auf den Vergleich sich stützen kann, ohnehin schon erweislich das betreffende Recht zugestanden hat. Jedem Vergleiche wohnt also ein obligatorischer Karakter bei, wenn dies auch in denjenigen nicht seltenen Fällen weniger hervortritt, in welchen der formfreie dingliche Vertrag (z. B. Zession, Erlaß) in dem Vertrage zugleich enthalten ist; der dingliche Vertrag tritt solchenfalls nur als sofortige Erfüllung des Vergleiches diesem hinzu.

Obligatorischer Karakter.

Begriff, Erfordernisse:

Der Entwurf (§ 666) giebt in Ansehung des Vergleiches eine Begriffsbestimmung[2]). Sie hat terminologische Bedeutung: das Gesetzbuch muß Auskunft geben, welcher Vertrag gemeint sei, wenn es von Vergleich redet oder auch wenn ein anderes Gesetz (z. B. die C. P. O.) des Vergleiches in einer Weise erwähnt, daß die Bezugnahme auf den Sprachgebrauch des materiellen bürgerlichen Rechtes sich klar ergiebt. Ohne eine solche Begriffsbestimmung könnten zudem bei der Unbestimmtheit des sprachlichen Begriffes leicht manche Zweifel entstehen, ob ein Vertrag als ein Vergleich im Sinne des Gesetzes, d. h. als ein solcher zu gelten hat, auf welchen die Rechtsnormen des Gesetzbuches über Vergleiche anwendbar sind, oder ob das Gegentheil eintritt, z. B.

---

[1]) Vergl. §§ 1495, 1576, 1280, 1281, 1674 Nr. 8, § 177. In der Doktrin herrscht Streit über die Stellung des Vergleiches im Systeme (vergl. Windscheid II § 413 Note 13). Das preuß. A. L. R. handelt von dem Vergleiche in I Tit. 16: „von den Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören" (§§ 405 ff.), das österr. G. B. im III. Th., 2. Hauptst.: „von Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten" (§§ 1380 ff.), der bayr. Entw. im allgemeinen Theile (wie die Schenkung), das sächs. G. B. §§ 1409 ff., der hess. Entw. Art. 622 ff. und dresd. Entw. Art. 960 ff. im speziellen Theile des Obligationenrechtes; vergl. code civil Art. 2044 ff. Das schweiz. Bd. Ges. hat nach dem Vorgange des zür. G. B. den Vergleich überhaupt nicht (als einen besonderen Vertrag) normirt. Keine der erwähnten Kodifikationen enthält die Beschränkung auf Schuldverhältnisse als Gegenstand des Vergleiches.

[2]) Die Gesetzgebung giebt überall eine Begriffsbestimmung: preuß. A. L. R. a. a. O. § 405, code civil Art. 2044, österr. G. B. § 1380, sächs. G. B. § 1409, hess. Entw. Art. 622, bayr. Entw. (I) Art. 129, dresd. Entw. Art. 960; vergl. Windscheid § 413 (l. 1. D. de transact. 2,15, l. 38 Cod. eodem 2,4).

wenn der Vertrag nicht ein streitiges, sondern ein ungewisses Rechtsverhältniß erledigt, oder wenn der eine Vertragschließende alle seine Rechte ohne jede Gegenleistung opfert. Die unvermeidlichen Unvollkommenheiten der Definition werden zweifellos durch die Wissenschaft und Praxis ihre Erledigung finden.

Behufs der Definition bezeichnet der Entwurf als Gegenstand des Vergleiches nicht ein unter den Vertragschließenden streitiges oder zweifelhaftes[1]), sondern ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältniß, wodurch (in Uebereinstimmung mit der Fassung des bayr. Entw. I Art. 129) gegenüber dem in der Theorie bestehenden Streite, ob ein Vergleich vorliege, wenn nur ein ungewisses Rechtsverhältniß den Gegenstand desselben bilde, außer Zweifel gestellt wird, daß auch letzterenfalls ein Vergleich vorliegt. Dies entspricht auch der Praxis im Gebiete des gemeinen Rechtes und der Auffassung der modernen Kodifikationen, trotz der eine restriktive Auslegung zulassenden Fassung der letzteren. Hiervon abzuweichen und über die Einigung der gedachten Art besondere Regeln aufzustellen, ist, wie die Praxis lehrt, durch kein Bedürfniß geboten. Unter Ungewißheit des Rechtsverhältnisses ist auch der Fall zu verstehen, wenn der Vergleich einen an sich feststehenden und völlig bestimmten Anspruch in der Art betrifft, daß die Parteien nur über die Erfüllung der Verpflichtung sich einigen, indem der Gläubiger auf einen Theil seines Anspruches verzichtet, um den Rest wegen des Unvermögens des Schuldners u. s. w. zu retten. Es ist also „ungewiß" im weiteren Sinne zu nehmen, wozu Praxis und Wissenschaft auf Grund der logischen Auslegungsregeln ohnehin kommen würden[2]). Der Entwurf bezeichnet sodann den Vergleich als gegenseitigen Vertrag, wodurch zugleich, ohne daß es daneben besonders hervorgehoben zu werden braucht, genügend klargestellt wird, daß ein gegenseitiges Nachgeben zum Vergleiche erforderlich ist. Diese kurze Fassung zur Verdeutlichung des fraglichen Erfordernisses genügt zum Verständnisse vollkommen. Jede andere Fassung oder ein erläuternder Zusatz ergiebt entweder eine Inkorrektheit — es müßte denn eine anstößige Breite gewählt werden —, oder unterliegt sprachlichen Bedenken[3]). Daß übrigens der wahre Vergleich ein gegenseitiger, materieller Vertrag ist und auf ihn die Formvorschrift des § 683 keine Anwendung leidet, kann nicht bezweifelt werden. Nach dem Entwurfe ist der Vergleich für sich überhaupt formfrei[4]).

Streitiges oder ungewisses Rechtsverhältniß; Gegenseitigkeit; Form;

---

[1]) Preuß. A. L. R. a. a. O., österr. G. B., sächs. G. B., hess. Entw., dresd. Entw. a. d. a. O.; vergl. württemb. L. R. II, 22 § 1. Der code civil erfordert einen schon entstandenen oder bevorstehenden Rechtsstreit; über diese Fassung s. Zachariä II § 418 A. 3, 5.

[2]) Vergl. § 1576; ebenso Windscheid § 413, bes. Noten 4—6 a, Eccius I § 103 S. 696 f., Zachariä § 418 A. 5.

[3]) Preuß. A. L. R., österr. G. B., sächs. G. B., hess. Entw., bayr. Entw. und dresd. Entw. a. a. O. bezeichnen als das Eigenthümliche des Vergleichsvertrages das gegenseitige (wechselseitige) Geben (Nachgeben) oder Nachlassen. Windscheid § 413 u. 11, Eccius I S. 696.

[4]) Nach preuß. Rechte steht der Vergleich in Ansehung der Form unter der allgemeinen Regel (A. L. R. a. a. O. § 407). Der code civil Art. 2044 Abs. 2 und der bayr. Entw. (I) Art. 131 setzen für den Vergleich Schriftform fest.

Wirkung: Außerstreitsetzung des Rechtsverhältnisses.

Ein wesentliches Element des Vergleiches ist, daß durch den Vertrag das streitige oder ungewisse Rechtsverhältniß außer Streit oder Ungewißheit gesetzt wird. Der Zusatz „durch ein bestimmtes Rechtsverhältniß" (bayr. Entw. Art. 129) ist überflüssig, andererseits im Hinblicke auf die Fälle nicht einmal richtig, wo an die Stelle des streitigen ꝛc. Rechtsverhältnisses ein anderes ungewisses gesetzt wird, z. B. bei einem streitigen Schuldverhältnisse der Schuldner eine andere Verbindlichkeit unter aufschiebender Bedingung übernimmt. Durch die Fassung des Entwurfes wird auch der Fall getroffen, wenn unter Voraussetzung der Gegenseitigkeit im angegebenen besonderen Sinne an Stelle des streitigen ꝛc. Rechtsverhältnisses ein ganz anderes gesetzt wird; denn auch solchenfalls ist das alte Rechtsverhältniß durch Beseitigung außer Streit gesetzt. Damit, daß gesagt ist, es werde das Rechtsverhältniß außer Streit gesetzt, ist selbstverständlich nicht negirt, daß ein Vergleich vorliege, wenn auf einer Seite oder beiderseits erst noch durch den dinglichen Vertrag zu erfüllende Verbindlichkeiten übernommen werden. Eine Hinweisung darauf durch die Fassung wäre jedoch bedenklich, weil durch den Vergleich (den Vertrag) sofort die Außerstreitsetzung des den Gegenstand des Vergleiches bildenden streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnisses bezweckt wird und erfolgt, bei jener Hinweisung aber in dieser Beziehung an die Zukunft oder an das pactum de transigendo gedacht werden könnte.

Vergleich über: Ansprüche aus Delikten,

In der bestehenden Gesetzgebung wird vielfach hervorgehoben, daß Vergleiche auch über die aus strafbaren Delikten entstehenden Zivilrechtsansprüche gültig geschlossen werden können[1]). Dies ist selbstverständlich, man müßte denn in solcher Bestimmung vermöge des argumentum e contrario das Prinzip finden, abgesehen von einem solchen Vergleiche sei jeder andere auf eine strafbare Handlung sich beziehende Vertrag unwirksam. Eine Vorschrift der letzteren Art aber wäre wegen ihrer nicht zu übersehenden Tragweite nicht gerathen. Anlangend insbesondere Verträge, geschlossen zur Abwendung des nach dem Strafgesetze zur strafrechtlichen Verfolgung erforderlichen Strafantrages, so muß deren Gültigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 105, 106, §§ 344—347) beurtheilt werden, deren Anwendbarkeit für die fraglichen Fälle ebensowenig als für andere verwandte, vielleicht wichtigere Fälle speziell geregelt zu werden braucht, wie z. B. für den Fall, wenn der Vertrag das Schweigen über eine strafbare Handlung betrifft, deren strafrechtliche Verfolgung von einem Antrage nicht abhängt[2]). Es kommt diesfalls noch in Betracht, daß es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes ist, darüber zu bestimmen, ob und inwiefern oder in welchen Fällen auf den Strafantrag mit Wirkung für die strafrechtliche Verfolgung verzichtet werden kann. Wenn das Strafrecht den Verzicht auf den Strafantrag für wirkungslos und unstatthaft erklärt, so ist die Hinfälligkeit eines Vertrages, wodurch auf den Strafantrag unmittelbar verzichtet wird, nach § 344 nicht zu bezweifeln; wäre der Vertrag aber dahin

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 16 § 415 (vergl. § 416); code civil Art. 2046 (vergl. code d'instr. crim. Art. 4); sächs. G. B. § 1410, österr. G. B. § 1384; hess. Entw. Art. 625, bayr. Entw. Art. 134, dresd. Entw. Art. 961.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 416, Eccius I § 103 S. 698 ff.

geschlossen oder zu deuten, daß dem auf den Antrag nicht verzichtenden Antragsberechtigten eine Vergütung für den Fall oder unter der Bedingung zugesichert wird, daß er innerhalb der gesetzlichen Frist thatsächlich den Strafantrag nicht stelle, so würde allerdings der § 344 nicht anwendbar sein, wohl aber die Anwendbarkeit des § 106 in Frage kommen können.

Alimente und Erbschaften. Im geltenden Rechte ist ferner die Zulässigkeit des Vergleiches über den Anspruch auf Alimente[1]), sowie über Erbschaften aus letztwilligen Verfügungen vor Publikation derselben[2]) beschränkt. In erstbezeichneter Richtung besteht kein Bedürfniß, weiter zu gehen, als sich aus den Vorschriften des Entwurfes §§ 1495, 1576, 1280, 1281 bezüglich des Vergleiches über den gesetzlichen Alimentenanspruch ergiebt. Ebensowenig ist gerechtfertigt, den erbschaftlichen Vergleich vor Eröffnung des letzten Willens des Erblassers zu untersagen und damit die Privatautonomie ohne einen wesentlichen Gewinn durch eine positive Satzung zu beschränken, selbstverständlich unbeschadet der Vorschrift des § 349. Endlich besteht auch kein Bedürfniß zu besonderen Bestimmungen über die Unzulässigkeit von Vergleichen zum Zwecke der Ordnung von Rechtsverhältnissen, welche der Verfügungsgewalt der Betheiligten entzogen sind, oder die Wirkungen des Vergleiches gegenüber dritten Personen durch besondere Vorschriften zu regeln[3]). In beiderlei Hinsicht sind die allgemeinen Grundsätze genügend. Insbesondere ergiebt sich aus den Vorschriften des vierten Buches, inwieweit bestimmte familienrechtliche Verhältnisse der Privatdisposition entzogen sind.

Auslegungsregeln. Ein Vergleich darf selbstverständlich über den Gegenstand, auf welchen er sich bezieht, hinaus nicht auf andere zwischen den Vertragschließenden bestehende Rechtsverhältnisse bezogen werden[4]). Auch für den Vergleich gelten die in §§ 73, 359 ausgesprochenen Regeln. Eine Auslegungsregel des Inhaltes, daß, wenn die Parteien sich über ihre gegenseitigen Ansprüche im Allgemeinen verglichen haben, der Vergleich nicht auf Ansprüche, welche erst nach dessen Abschluß entstanden oder dem einen Theile bekannt geworden sind, zu beziehen sei[5]), ist in dem ersten Theile entbehrlich, in dem zweiten Theile aber insofern nicht unbedenklich, als nicht selten bei den fraglichen Verträgen der Parteiwille gerade dahin geht, auch die nicht bekannten Ansprüche in den Vergleich einzubeziehen.

---

[1]) Windscheid § 414 Note 11; preuß. A. L. R. a. a. O. § 412 (§§ 413, 414 beseitigt durch preuß. Ges. v. 11. Juli 1845 § 1 lit. b); Mommsen, Erbrechtsentw. § 418; code de proc. Art. 1004; bayr. Entw. I Art. 136, hess. Entw. Art. 628.

[2]) Windscheid § 414 Note 12; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 442, 443; österr. G. B. § 1383.

[3]) Oesterr. G. B. § 1382; hess. Entw. Art. 624, bayr. Entw. Art. 133; vergl. noch preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 422 ff.; code civil Art. 2045.

[4]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 426; hess. Entw. Art. 635 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 140 Abs. 1; vergl. code civil Art. 2048, 2049.

[5]) L. 12 D. de transact. 2, 15; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 427, 428, 436, 437; österr. G. B. § 1389; sächs. G. B. § 1414; württemb. L. R. II, 22 § 2; vergl. code civil Art. 2057; hess. Entw. Art. 635 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 140 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 964.

§ 667.

Irrthum Der § 667 giebt Vorschriften über den Einfluß eines bei dem Abschlusse eines Vergleiches unterlaufenden Irrthumes.

über den Gegenstand des Streites ꝛc., Die Vorschrift des ersten Absatzes, wonach die Gültigkeit eines Vergleiches dadurch allein nicht beeinträchtigt wird, daß ein Vertragschließender in Ansehung eines Umstandes geirrt hat, welcher Gegenstand des Streites oder der Ungewißheit war, kann als geltendes Recht bezeichnet werden und entspricht dem Wesen und Zwecke des Vergleiches[1]).

über streitausschließende Umstände. Im zweiten Absatze ist dagegen für erheblich erklärt ein Irrthum, die irrige Voraussetzung, über das Nichtvorhandensein eines positiven oder negativen Umstandes, welcher den Streit oder die Ungewißheit ausgeschlossen haben würde, und zwar ohne Rücksicht auf die Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit dieses Irrthumes. In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würde der Irrthum auch in allen denjenigen Fällen unbeachtlich sein, in welchen über das, was bei Abschluß des Vergleiches als unstreitig oder gewiß gegolten hat, geirrt wurde. Denn als ein wesentlicher Irrthum im Sinne des § 98 läßt sich ein solcher Irrthum nicht betrachten; er ist und bleibt nach dem, allerdings Ausnahmen zulassenden Prinzipe des § 102 ein unerheblicher Irrthum in den Beweggründen. Auch aus den Vorschriften über die Kondiktionen, bezw. aus dem wesentlich allein in Betracht kommenden § 742 könnte im Hinblicke auf die genau begrenzten, hier nicht zutreffenden Voraussetzungen der condictio ob rem die Erheblichkeit des fraglichen Irrthumes nicht hergeleitet werden. Eine Leistung unter der Voraussetzung des Eintrittes oder Nichteintrittes eines künftigen Ereignisses steht hier selbstverständlich nicht in Frage. Aber auch der zweite in § 742 vorgesehene Fall — Leistung unter Voraussetzung eines rechtlichen Erfolges — trifft bei einem Vergleiche auf den hier fraglichen Irrthum nicht zu, sofern hiermit (§ 742) die Kondiktion aus dem Grunde, weil beim Abschlusse eines gegenseitigen Vertrages ein Vertragschließender in einem Irrthume in den Motiven sich befunden hat, keineswegs gegeben ist. Das Bedürfniß erheischt jedoch, für den Vergleich das Gegentheil zu bestimmen. Hierzu nöthigen die besondere Natur des Vergleiches und die auf das geltende Recht zu nehmende Rücksicht. Man kann freilich, ohne mit dem Prinzipe des § 102 in schroffen Widerspruch zu gerathen, nicht den Irrthum in Beziehung auf jeden Umstand, welcher bei dem Abschlusse des Vergleiches ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt worden, für erheblich erklären. Der fragliche Umstand muß vielmehr ein solcher sein, welcher, auch wenn der Vergleich nicht geschlossen wäre, den Streit oder die Ungewißheit ausgeschlossen haben würde. Diese Beschränkung entspricht der eigenthümlichen Natur des Vergleiches, erhält die Harmonie mit jenem Prinzipe und wider-

---

[1]) Windscheid § 414; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 418, 429 (Eccius I § 103 S. 700); code civil A. 2052—2055; österr. G. B. §§ 1385, 1387; sächs. G. B. § 1411 Satz 1, vergl. § 1412; hess. Entw. Art. 630, bayr. Entw. Art. 138 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 963 Abs. 1.

strebt weder dem geltenden Rechte¹), noch den Erfordernissen des praktischen Bedürfnisses. Die irrige Voraussetzung ist jedoch im Sinne der Vorschrift des zweiten Absatzes nur dann erheblich, wenn beide Theile ausdrücklich oder stillschweigend das Nichtvorhandensein des kritischen Umstandes vorausgesetzt haben, d. h. wenn entweder beide Theile bei dem Vertragsschlusse von der irrigen Voraussetzung ausgingen, oder wenn nur ein Theil sich in dieser Lage befand, der andere Theil aber dies gewußt hat. Letzterenfalls eignet sich der wissende Theil die Voraussetzung des irrenden anderen Theiles an, ohne jedoch seinerseits die Aufhebung des Vertrages verlangen zu können. Dagegen verlangt der Entwurf hier, abweichend von § 742 (vergl. § 684), aus praktischen Gründen nicht die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung der Voraussetzung, um einer zu strengen oder zu engen Auslegung der Vorschrift vorzubeugen.

Wirkung des erheblichen Irrthumes.

Die Wirkung des hiernach erheblichen Irrthumes bestimmt der Entwurf nicht nach § 98, auch nicht im Anschlusse an das Anfechtungsrecht²). Nach dem einen wie dem anderen Prinzipe würde der Vergleich — nach dem zweiten allerdings erst, wenn angefochten wäre (§§ 108—112) — mit Wirkung gegen Dritte zerfallen. Dies vertrüge sich mit dem hier maßgebenden Prinzipe des Konditionsrechtes nicht. Wenn in Gemäßheit des Vorbehaltes in § 112 Anfechtung ohne dingliche Wirkung bestimmt wäre, so würde dies im Wesentlichen zu dem Konditionsprinzipe führen, während es um deswillen bedenklich wäre, weil das Anfechtungsrecht sich nicht als ein der Verjährung unterliegender Anspruch betrachten läßt. Der Entwurf giebt vielmehr, nach dem Vorbilde der §§ 383, 387 (Wandelungsrecht), der Partei, welche von dem betreffenden Umstande nach Schließung des Vergleiches Kenntniß erlangt hat, das Recht (den Anspruch), zu verlangen, daß der Vertrag rückgängig gemacht werde, und erklärt in Uebereinstimmung mit dem Grunde des Anspruches auf denselben die Vorschriften über die Verpflichtungen des Empfängers bei der condictio ob rem in § 744 für anwendbar. Nicht hervorgehoben zu werden braucht, daß für die Partei, gegen welche die Rückgängigmachung des Vergleiches verlangt wird, auch wenn sie den wahren Sachverhalt gekannt hat, die condictio ob causam finitam (§ 745) begründet sein kann.

Dadurch, daß das Gesetz einem Kontrahenten das Recht beilegt, die Aufhebung des Vertrages nach Maßgabe der Grundsätze über die condictio ob rem wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu fordern, ist das Verständniß ausgeschlossen, dieser Anspruch solle der Partei auch dann zustehen, wenn sie durch den Vertrag nur Vortheile erlangte, also sie und nicht der andere Theil durch den Vergleich bereichert worden ist. Der Anspruch stände ihr solchenfalls nicht

---

¹) Windscheid § 414 bei Note 4, preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 417, 433; österr. G. B. § 1385; sächs. G. B. § 1411 Satz 2; hess. Entw. Art. 629, 630, bayr. Entw. Art. 138 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 963 Abs. 2.

²) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 417 ff., Eccius I § 103 S. 700; code civil Art. 2053, 2054, 2055; sächs. G. B. § 1411; hess. Entw. Art. 629 ff., bayr. Entw. Art. 137, 138, dresd. Entw. Art. 963 Abs. 2.

zu, selbst wenn später die durch den Vergleich einmal erlangten Vortheile in Folge eines Zufalles wieder verloren gehen sollten.

Betrug, Zwang.

Im Uebrigen bestimmt der Entwurf über den Einfluß von Betrug, Zwang, wesentlichen Irrthum auf den Vergleich nichts Besonderes.

Vergleich nach rechtskräftigem Urtheile.

Im Anschlusse an das röm. Recht wird in der Gesetzgebung ein Vergleich für nichtig oder anfechtbar erklärt, wenn zur Zeit des Vergleiches schon ein rechtskräftiges Urtheil über den Streitgegenstand vorlag[1]). Es fehlt jedoch an genügenden Gründen zu einer derartigen besonderen Bestimmung. Wird über ein durch rechtskräftige Entscheidung erledigtes Rechtsverhältniß von den Betheiligten in Unkenntniß dieser Erledigung ein Vergleich geschlossen, so finden die Bestimmungen des § 667 Anwendung. Diese genügen. Das röm. Recht bietet um so weniger einen zwingenden Vorgang, als dessen einschlagende Bestimmungen eine verschiedene Auslegung gefunden haben und nichts weniger als zweifelsfrei sind.

Haftung wegen Entwehrung.

Aus den Bestimmungen des § 370 (vergl. § 443) folgt unmittelbar, daß derjenige Vergleichskontrahent, welcher in Erfüllung seiner Vergleichsobligation dem anderen zum Zwecke des Vergleiches einen Gegenstand übertragen hat, diesem anderen nach den allgemeinen Vorschriften wegen Entwehrung haftet. Andererseits kann aus § 370 nicht abgeleitet werden, daß der Kontrahent, welcher nur seinen bestrittenen oder in Zweifel gezogenen Anspruch auf den Gegenstand des Vergleiches zum Vortheile des Anderen aufgegeben hat, wegen Entwehrung einzustehen hätte[2]).

Forthaftung der Bürgen und Pfänder.

Entbehrlich sind besondere Bestimmungen über die Forthaftung der Bürgen oder Pfänder für den (nicht aufgehobenen) Anspruch, über welchen der Vergleich geschlossen wurde, zumal im Entwurfe das Institut der Novation übergangen ist[3]). In Ansehung der Wirkung des von einem Gesammtgläubiger mit dem Schuldner oder von einem Gesammtschuldner mit dem Gläubiger geschlossenen Vergleiches s. zu §§ 332, 290 (dresd. Entw. Art. 968).

Geltendmachung des früheren Anspruches.

Die Bestimmung des sächs. G. B. (§ 1416; vergl. dresd. Entw. Art. 967), wonach, wenn nach Abschluß eines Vergleiches von dem einen Vertragschließenden ein durch den Vergleich beseitigter Anspruch ohne Rücksicht auf den Vergleich geltend gemacht wird, der andere Theil die Wahl haben soll, den Anspruch durch Berufung auf den Vergleich zurückzuweisen oder seinerseits von dem Vergleiche zurückzutreten, ist mit allgemeinen Grundsätzen nicht vereinbar und eine Abweichung von letzteren durch ein Bedürfniß nicht geboten.

---

[1]) Windscheid § 414 Noten 5, 6; hess. Entw. Art. 626, bayr. Entw. Art. 135, dresd. Entw. Art. 962; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 408, 410 (Eccius I § 103 S. 698, Dernburg I § 83 Note 7); code civil Art. 2056; österr. G. B. § 1381; vergl. Motive zum sächs. G. B. § 1409 bei Siebenhaar II S. 351.

[2]) Vergl. Windscheid § 413 Note 12 a. E.; Zachariä § 421 a. E.; sächs. G. B. § 413; württemb. L. R. II, 22 § 3; hess. Entw. Art. 636, bayr. Entw. Art. 141, dresd. Entw. Art. 965.

[3]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 445—449; code civil Art. 2051; österr. G. B. § 1390; sächs. G. B. § 1415; hess. Entw. Art. 638, bayr. Entw. Art. 142, dresd. Entw. Art. 966; Entwurf §§ 668 ff., bes. 672; §§ 1148, 1149.

Der Entwurf übergeht den Schiedsvertrag und hat ihn zu übergehen, weil die Vorschriften der C. P. O. (§§ 851—872) vollkommen genügen. Es bedarf auch rücksichtlich des Vertrages, welcher die Uebernahme der schiedsrichterlichen Verpflichtungen zum Gegenstande hat (sog. receptum), besonderer Bestimmungen nicht. Nach dem Prinzipe des Entwurfes (§ 91) sind beide Verträge formfrei[1]). Schiedsvertrag. Receptum.

Das sächs. G. B. (§ 1427) erklärt den Vertrag, durch welchen die Entscheidung über ein Rechtsverhältniß von der Ableistung eines außergerichtlichen Eides abhängig gemacht wird, für nichtig. Diese Bestimmung hat bei der großen Seltenheit der fraglichen Fälle keine praktische Bedeutung. Wollte man im Interesse der Heiligkeit des Eides den Verträgen steuern, welche die Leistung eines Eides zum Gegenstande haben, so würde weiter zu gehen und das Verbot aller Verträge dieser Art (einschließlich derjenigen, welche die Leistung eines promissorischen Eides betreffen) vorbehaltlich gewisser Ausnahmen auszusprechen sein, ein solches Verbot aber kaum in das bürgerliche Gesetzbuch gehören. Verträge über Leistung eines Eides.

Siebzehnter Titel.

Bürgschaft.

§§ 668, 669.

Die Bürgschaft gehört dem weiteren Gebiete der Interzession an. Ueber die letztere besondere Bestimmungen in das Gesetzbuch aufzunehmen, ist jedoch entbehrlich. Derartige Vorschriften wären nur erforderlich, wenn für die Interzession die eine oder andere positive Anordnung nöthig sein sollte, deren Tragweite der näheren Feststellung oder Begrenzung bedürfte. Diese Voraussetzung würde namentlich gegeben sein, sofern die Interzession der Frauen besonderen Beschränkungen zu unterwerfen wäre. Hiervon kann jedoch bei Würdigung der Rechtsentwickelung, welche die neuere Zeit für die Interzession der Frauen aufweist[2]), nicht die Rede sein. Auch in anderer Hinsicht ist jene Voraussetzung als zutreffend nicht anzuerkennen. Keine Vorschr. über a) Interzession der Frauen,

---

[1]) Motive zur C. P. O. S. 471 ff.; vergl. Windscheid §§ 415, 416, Eccius I § 49a, Zachariä II S. 640, sächs. G. B. §§ 1417 ff., dresd. Entw. Art. 969—975, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. X Nr. 91 S. 392, XVII S. 249, Entsch. d. R. G. in Civils. VIII Nr. 97, 118, X Nr. 13, XVI Nr. 77, 92; über das receptum insbes. Windscheid § 417, Eccius a. a. O. A. 16, II § 138 A. 7, sächs. G. B. § 1421, dresd. Entw. Art. 976.

[2]) Vergl. Windscheid §§ 485—488. Das preuß. Ges. v. 1. Dezember 1869 (Eccius II § 144 A. 13) und das österr. G. B. § 1349 haben jede Besonderheit hinsichtlich der Interzessionen von Frauen aufgehoben, ebenso das franz. Recht (Zachariä II § 424 A. 2, I § 81), das bayr. Ges. v. 14. Januar 1871 (für Bayern rechts des

b) Garantievertrag. Der Bürgschaftsvertrag läßt sich als ein besonderer Fall des Garantievertrages auffassen. Ueber den letzteren spezielle Normen aufzustellen, ist gleichfalls kein Bedürfniß. Nur gewisse Arten des Garantievertrages bedürfen der besonderen Normirung, wie gerade der Bürgschaftsvertrag. Der Garantievertrag entzieht sich auch wegen Verschiedenheit der Verträge, welche eine Garantieleistung zum Zwecke und Inhalte haben, der allgemeinen Regelung[1]).

c) Versicherung einer Forderung. Eine Forderung kann auch der Gegenstand eines Versicherungsvertrages sein, und ist dies, wie die Erfahrung lehrt, in der neueren Zeit nicht gerade selten. Bei der Feststellung der für die Bürgschaft geltenden Normen war indessen auf den Fall der Versicherung einer Forderung durch Assekuranzvertrag keine Rücksicht zu nehmen. Die Vorschriften über die assekuranzrechtliche Versicherung einer Forderung sind, als dem Versicherungsrechte angehörend, bei Feststellung des letzteren zu berathen. Ob im gegebenen Falle für eine Forderung Bürgschaft geleistet oder dieselbe durch Assekuranzvertrag dergestalt versichert ist, daß die Parteien die Anwendbarkeit der Normen des Versicherungsrechtes in größerem oder geringerem Umfange gewollt haben, ist eine thatsächliche Frage, deren Beantwortung nur selten zu berechtigten Zweifeln Anlaß geben wird[2]).

d) Konstitutum. Das Konstitutum übergeht der Entwurf mit den neueren Kodifikationen. Im röm. Rechte als besonderer von der Bürgschaft verschiedener Vertrag aus Gründen anerkannt, die sich erledigt haben, ist es veraltet und als ein benannter Vertrag besonderer Art im Verkehre verschwunden. Das Uebergehen des Konstitutum im Gesetzbuche schließt nicht aus, einen konkreten Vertrag dahin auszulegen, daß die Parteien die Eigenthümlichkeiten gewollt haben, durch welche nach röm. Rechte das Konstitutum von der Bürgschaft sich unterschied[3]). Somit giebt der Entwurf nur über die Bürgschaft und den Kreditauftrag (§ 680) Vorschriften.

1. Bürgschaft. Die Bürgschaft hat stets einen Vertrag zur Grundlage. Das Gesetz kann sich aber in gewissen Fällen veranlaßt sehen, zu bestimmen, daß Jemand für die Schuld eines Anderen so zu haften habe, als wenn er sich durch Vertrag verbürgt hätte (vergl. §§ 1013, 1187 Abs. 2). Der Bürgschaftsvertrag wird abgeschlossen zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen. Die Mitwirkung des Schuldners ist zufällig und im Allgemeinen auf das Rechtsverhältniß

Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen.

Rheines), das großh. hess. Ges. v. 5. Mai 1875 (für Starkenburg und Oberhessen), sowie eine Reihe anderer deutscher Landesgesetze (Sachsen-Meiningen, Coburg, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Weimar, Hamburg ꝛc.) und das schweiz. Bd. Ges. Art. 490; vergl. H. G. B. Art. 6 Abs. 2, Gew. O. § 11, Genossenschaftsges. v. 4. Juli 1868 § 12 Abs. 4. Dagegen sächs. G. B. §§ 1650—1654 verb. mit Verordn. v. 9. Januar 1865 § 17, württemb. Pfandentwickelungsges. v. 21. Mai 1828 Art. 5—13, hess. Entw. Art. 590 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 869. Der dresd. Entw. (Art. 928) verweist auf die Landesgesetze.

[1]) Vergl. Windscheid § 412 Nr. 2.

[2]) Vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. V Nr. 73.

[3]) Vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. X Nr. 50; Windscheid § 476 Noten 2—7.

zwischen Bürgen und Gläubiger, die Bürgschaft, ohne Einfluß[1]). Der Entwurf hebt dies genügend deutlich hervor mit der Bestimmung, durch den Bürgschaftsvertrag werde der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet 2c.

Zweck; Gegenstand;

Der Bürgschaftsvertrag bezweckt die Sicherheit des Gläubigers (§ 439), indem der Bürge sich dem Gläubiger eines Dritten vertragsmäßig verpflichtet, die Verbindlichkeit des Dritten zu erfüllen, wenn die anderweite Erfüllung dieser Verbindlichkeit unterbleibt. Die Bürgschaft ist akzessorischer Natur, indem sie eine bestehende Verbindlichkeit voraussetzt und der Hauptschuldner (der Dritte) mitverhaftet bleibt. Durch die Fassung des Entwurfes (§ 668) ist auch die Deutung ausgeschlossen, Bürgschaft sei nur zulässig für eine Geldforderung, oder der Bürge hafte nur für Schadensersatz wegen Nichterfüllung von Seiten des Hauptschuldners[2]).

gültige Hauptschuld; künftige 2c. Verbindlichkeit.

Die Bürgschaft als solche kann nur für eine gültige Verbindlichkeit übernommen werden. Dieses an sich selbstverständliche, übrigens schon in § 668 ausgedrückte Prinzip noch besonders auszusprechen, ist überflüssig[3]). Die mit dem geltenden Rechte übereinstimmende Vorschrift des § 669 verhütet ferner das aus der Fassung des § 668 etwa abzuleitende Verständniß, als ob nur eine bereits bestehende, bestimmte Verbindlichkeit Gegenstand der Verbürgung sein könne[4]). Unter die Vorschrift des § 669 fallen z. B. die Kreditbürgschaft und die Personalkaution in Amts- und Dienstverhältnissen.

Beweislast des Bürgen hinsichtlich der Erfüllung.

Nicht der Gläubiger, welcher den Bürgen in Anspruch nimmt, hat zu beweisen, daß noch nicht erfüllt sei, sondern dem Bürgen liegt der Beweis ob, daß die Hauptverbindlichkeit erfüllt sei. Der Entwurf (§ 668 Abs. 2) hebt dies zur Vermeidung jedes Mißverständnisses besonders hervor. Wie die Fassung des ersten Absatzes (§ 668) zeigt („wenn die anderweite Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten unterbleibt"), ist der Bürge auch dann frei, wenn er beweist, daß ein Anderer, als der Hauptschuldner, die Hauptschuld erfüllt hat. Der Bürge kann sich hiernach wie auf jede die Entstehung der Hauptschuld hindernde Thatsache, so auch auf jede das Erlöschen derselben unmittelbar bewirkende Thatsache (z. B. durchgeführte Kompensation, Erlaß, begründete Hinterlegung, §§ 283, 290, 272; vergl. aber § 275) berufen; denn die Haftung des Bürgen als solchen setzt, wie bemerkt, den Rechtsbestand der Forderung voraus.

Form des Vertrages.

Der Bürgschaftsvertrag ist gemäß dem Prinzipe des § 91 formfrei. Die Nothwendigkeit einer Form darf nicht aus § 683 abgeleitet werden. Denn

---

1) Ebenso nach dem gemeinen Rechte (Windscheid § 476) und der modernen Gesetzgebung: preuß. A. L. R. I, 14 §§ 200, 202, 206 ff. (Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VI Nr. 64, X Nr. 86, XI Nr. 3, XVI Nr. 105); österr. G. B. § 1346; code civil Art. 2011, 2015; sächs. G. B. § 1449; schweiz. Bd. Ges. Art. 489; bayr. L. R. IV, 10 § 2; hess. Entw. Art. 582, bayr. Entw. Art. 858, dresd. Entw. Art. 927.

2) Vergl. §§ 1062, 1145, 1165; Windscheid § 476.

3) Windscheid § 477; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 249, 251, 266; österr. G. B. §§ 1350, 1351; code civil Art. 2012; sächs. G. B. § 1454; schweiz. Bd. Ges Art. 492; hess. Entw. Art. 587, bayr. Entw. Art. 862, dresd. Entw. Art. 929.

4) Vergl. die Zitate in Note 3, sowie §§ 1064, 1129, 1145.

das Bürgschaftsversprechen ist, auch wenn es den Gegenstand eines selbständigen Vertrages bildet, kein ohne Angabe des Schuldgrundes abgegebenes Versprechen im Sinne des § 683, so wenig, als es, wenn es unentgeltlich geleistet worden ist, eine Schenkung involvirt (vergl. § 439). Soweit in der Gesetzgebung für die Bürgschaft eine Form (Schriftform) erfordert wird, beruht dies keineswegs auf der Auffassung des Bürgschaftsversprechens als eines abstrakten Schuldversprechens, sondern wesentlich auf dem Zwecke, übereilte, leichtsinnige Bürgschaften zu verhüten, oder es soll die Form der Klarstellung, für welche Schuld die Bürgschaft übernommen wurde, dienen[1]). Die Bürgschaft muß auch nicht ausdrücklich übernommen werden[2]); es gelten hinsichtlich der Schließung des Bürgschaftsvertrages vielmehr die allgemeinen Grundsätze.

In Ansehung des Einflusses eines Irrthumes des Bürgen über die Person des Schuldners oder die Person des Gläubigers auf die Gültigkeit der Bürgschaft ist eine besondere Bestimmung kein Bedürfniß. Die Frage ist in jedem Falle an der Hand der Vorschrift des § 98 zu entscheiden[3]).

§ 670.

Verpflichtung des Bürgen über die Hauptschuld hinaus.

Die Bestimmungen des § 670 beruhen auf dem Prinzipe der nur akzessorischen Natur der Bürgschaft und stimmen mit dem gemeinen Rechte wie mit den modernen Gesetzen überein[4]). Der Bürge haftet als solcher nicht weiter, als der Hauptschuldner verpflichtet ist. Soweit das Versprechen in den im § 670 angegebenen Beziehungen über die dem Hauptschuldner obliegende Leistung hinausgreift, liegt keine Bürgschaft vor. Ob und inwiefern dasselbe verbindlich ist, bestimmt sich nach den allgemeinen für die Verbindlichkeit der Schuldversprechen geltenden Regeln. Diese können die Rechtsverbindlichkeit des vertragsmäßigen Versprechens, aber auch das Gegentheil ergeben; das erstere z. B., wenn das Gesammtversprechen den Gegenstand eines einfachen gegenseitigen Vertrages bildet, in welchem der Gläubiger zu einer Gegenleistung sich verpflichtete. — Die zusätzliche Bestimmung, darüber hinaus sei die Verbindlichkeit des Bürgen

---

1) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 203 (s. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VI Nr. 64, Dernburg II § 242 N. 19; dagegen Eccius II § 144 A. 15); schweiz. Bd. Ges. Art. 491; bayr. Entw. Art. 868.

2) Preuß. A. L. R. I, 14 §§ 202, 219, Eccius II § 144 A. 14.

3) Vergl. sächs. G. B. § 1453, dresd. Entw. Art. 930.

4) Nach röm. Rechte war die fidejussio in duriorem causam nichtig und machte sich die Besonderheit des constitutum geltend; vergl. Windscheid § 477 Nr. 2, 3; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 258, 277 (Eccius II § 144 S. 379 f. Dernburg II § 243 Nr. 1); code civil Art. 2013; sächs. G. B. § 1455; hess. Entw. Art. 590, 592, bayr. Entw. Art. 865, dresd. Entw. Art. 931; württemb. L. R. II, 5 § 8. Entsch. d. R. G. in Civils. VIII Nr. 107, X Nr. 50, 81. Das österr. G. B. und das schweiz. Bd. Ges. enthalten keine hierher bezügliche Bestimmung; die in § 670 enthaltene Bestimmung wird jedoch als auch im Sinne dieser Gesetze liegend aus der Natur der Bürgschaft hergeleitet; s. Hasenöhrl, österr. Obl. R. II S. 267 ff., Schneider und Fick zu Art. 492 des schweiz. Bd. Ges.

als eine selbständige zu beurtheilen (sächs. G. B. § 1455; dresd. Entw. Art. 931), ist, wenn hiermit nur auf die allgemeinen Grundsätze verwiesen werden soll, entbehrlich, andererseits aber insofern bedenklich, als die volle Selbständigkeit verneint werden muß, wenn das Versprechen den integrirenden Theil eines einheitlichen, im Ganzen gültigen Vertrages bildet. Ueberdies läßt der Zusatz die Deutung zu, die selbständige Verbindlichkeit sei stets und immer gültig, was nicht richtig wäre (s. auch zu § 671). Der dresd. Entw. (Art. 931) räumt im Falle der Uebernahme einer beschwerenderen Leistung durch den Bürgen, im Gegensatze zur Uebernahme einer größeren Leistung, dem Gläubiger ein Wahlrecht ein, den Bürgen nach Maßgabe der für die Hauptschuld geltenden Bestimmungen, oder als selbständigen Schuldner nach Maßgabe der beschwerenderen Bestimmungen in Anspruch zu nehmen; es ist aber weder die Unterscheidung jener Fälle noch für den ersteren Fall ein Wahlrecht des Gläubigers gerechtfertigt.

Der Entwurf gebraucht absichtlich die Bezeichnung „beschwerlichere" Leistung. Der übliche Ausdruck lästigere Leistung oder Nebenbestimmung bezieht bei wörtlicher Auslegung auch die Fälle ein, in welchen der Bürge für seine Verbindlichkeit Sicherheit bestellt oder zur Erfüllung unter Strafe sich verpflichtet, während das Prinzip der akzessorischen Natur vollkommen zuläßt, daß der Bürge seine durch den Umfang der Hauptschuld begrenzte Verbindlichkeit, wie jede andere Schuldverpflichtung, durch Einräumung eines Pfandrechtes u. s. w. besonders sicherstellt, vielleicht auch unter einem Strafgedinge sich verpflichtet (vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 278; hess. Entw. Art. 592). Der Fall der unbedingten Verbürgung einer bedingten Schuld steht dagegen der Uebernahme einer beschwerlicheren Leistung gleich.

Verpflichtung zu einer Leistung anderer Art.

Den Fall, wenn der Bürge sich zu einer Leistung anderer Art verpflichtet, als worauf die Verbindlichkeit des Hauptschuldners gerichtet ist, übergeht der Entwurf. Der im Wege der Auslegung zu ermittelnde Parteiwille ist maßgebend. Als gewollt kann sich hiernach ergeben, daß seine Verpflichtung als Bürgschaftsschuld in dem Sinne anzusehen sein soll, daß die Leistung des Bürgen als datio in solutum (§ 264) für die Haupschuld wirke, aber auch, daß der Bürge als gewöhnlicher Bürge hafte, jedoch mit dem besonderen Rechte oder der Begünstigung, mit der anderen Leistung die Verpflichtung des Hauptschuldners erfüllen zu dürfen[1]). Eine Interpretationsregel für diese ohnehin sehr seltenen Fälle wäre mißlich. Am bedenklichsten wäre, ein derartiges Versprechen als Bürgschaftsversprechen überhaupt für hinfällig zu erklären (dresd. Entw. Art. 931 Abs. 3).

§ 671.

Berufung des Bürgen auf Einwendungen des Hauptschuldners.

Die Vorschrift, daß der Bürge die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auf Grund von Einreden verweigern kann, welche dem Hauptschuldner gegen die verbürgte Forderung zustehen, gründet sich gleichfalls in der nur akzessorischen Natur der Bürgschaft und ist gerade mit Rücksicht auf diesen Grund auf-

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 1455; hess. Entw. Art. 591; Windscheid § 477 N. 24.

genommen. Daß der Bürge auch die dem Hauptschuldner zur Seite stehenden Einwendungen von unmittelbar rechtshindernden oder ipso jure rechtsvernichtenden Thatsachen geltend machen kann, versteht sich nach § 668 Abs. 1, § 672 Abs. 1 ohnedies[1]).

auf höchstpersönliche Einr.;

Ausgenommen werden im geltenden Rechte[2]) diejenigen Einreden, welche dem Hauptschuldner nur für seine Person zustehen. Diese Ausnahme ist von geringem praktischen Werthe und, da sie mit der Regel und der dieser zum Grunde liegenden Auffassung sich schwer verträgt, nicht zu rechtfertigen. In den besonderen Fällen, in welchen das Gesetz die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner zeitweilig verbietet, handelt es sich nicht um Einreden, auf welche die Regel des § 671 sich bezieht, mittels welcher der Bürge seine Haftung aus dem Bürgschaftsvertrage ablehnt, da die Haftung des Bürgen dabei nicht in Frage kommt. Außerdem würde dem Bürgen, welchem die Einrede der Vorausklage zusteht, eine gesetzliche Vorschrift der gedachten Art ohnehin zu statten kommen. Ausgeschlossen ist übrigens selbstverständlich nicht, daß das Gesetz einmal positiv vorschreibt, diese oder jene Einrede solle nur dem Hauptschuldner, nicht auch dem Bürgen zustehen (vergl. Konk. O. § 178).

Verzicht des Bürgen.

Dem Bürgen als solchem die Berufung auf Einreden des Hauptschuldners dann ganz zu versagen, wenn der Gläubiger gerade gegen diese Einreden durch die Bürgschaft sichergestellt werden sollte[3]), widerspricht dem Grundgedanken des § 670. Leistet der Bürge in dem Bürgschaftsvertrage ausdrücklich oder stillschweigend auf eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede Verzicht, so liegt nach § 670, soweit die Einrede dem Hauptschuldner Schutz gewährt, kein Bürgschaftsversprechen, sondern ein andersartiges, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilendes Schuldversprechen vor. Zureichende Gründe, von dem Prinzipe des § 670 in der bezeichneten Richtung allgemein oder auch nur für die Einrede der Verjährung abzuweichen, sind nicht vorhanden. Noch bedenklicher wäre es, diejenige Bürgschaft schlechthin als solche für verpflichtend zu erklären, welche für eine wegen Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners absolut nichtige Schuldverpflichtung (§ 64) geleistet wird. Ohne praktisches Bedürfniß würde hierdurch das erwähnte Prinzip noch tiefer erschüttert. Dieses Prinzip nöthigt auch zur Verneinung der Frage, ob diejenige Bürgschaft als verpflichtend anzuerkennen ist, welche für eine wegen Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Hauptschuldners noch nicht zur Wirksamkeit gelangte Schuldverpflichtung (§§ 65—71) eingegangen

Geschäftsunfähigkeit des Hauptschuldners.

---

[1]) Uebereinstimmend Windscheid § 477 Nr. 1 lit. a, b; preuß. A. L. R. a. a. O. § 310; code civil Art. 2036; sächs. G. B. § 1459; schweiz. Bd. Ges. Art. 505, 501; hess. Entw. Art. 602, bayr. Entw. Art. 877, dresd. Entw. Art. 937. Vergl. Entwurf §§ 1083, 1084, 1093, 1125, 1160, 1192.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 281, 282; code civil Art. 2036; hess. Entw., bayr. Entw. und dresd. Entw. a. d. a. O.; dagegen österr. G. B. § 1354, Windscheid § 477 Note 7.

[3]) Sächs. G. B. § 1459; schweiz. Bd. Ges. Art. 492, 505; hess. Entw. Art. 602 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 877 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 937 Abs. 1; vergl. Windscheid § 477.

worden[1]). Lediglich aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit für die Bejahung dieser Frage zu entscheiden, erscheint schon um deswillen nicht rathsam, weil dadurch die Vorschriften über die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit eine bedenkliche Abschwächung erleiden würden. Nach dem Prinzipe des § 670 ist es auch zweifellos, daß im Falle der Uebernahme einer Bürgschaft für eine Schuld, deren Nichtbestehen der Bürge kennt[2]), oder für eine Schuld, sofern sie nicht bestehen sollte, das Bürgschaftsversprechen als solches nicht gelten kann.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes, daß der Bürge auf die in dem Inventarrechte sich gründende Beschränkung der dem Erben des Hauptschuldners obliegenden Haftung sich nicht berufen könne, kann in Ansehung ihrer Richtigkeit nicht bezweifelt werden. Ihre Aufnahme war nöthig, weil das Inventarrecht gemäß § 2092 eine Einrede gegen die Forderung begründet, also aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft geschlossen werden könnte, der Bürge dürfe auch auf das dem Erben des Hauptschuldners zustehende Inventarrecht sich berufen (vergl. § 1084 Abs. 3, § 1160). Inventarrecht des Erben,

Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen die Forderung durch einen Willensakt zu erzeugen in der Lage ist, wie bei der Anfechtung und bei der Kompensation, so ist der Bürge weder befugt, jenen Willensakt an Stelle des Schuldners vorzunehmen, noch sich auf die Anfechtbarkeit oder Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen. Dies ergiebt sich unmittelbar aus den einschlagenden Vorschriften (§§ 112, 113, 281, 282). Ebenso ist klar, daß der Bürge an Stelle des Schuldners diejenigen Dispositionen über den Inhalt der Schuld nicht ausüben kann, welche von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wahl, Rücktritt vom Vertrage, Wandelung, Minderung, wenn auch im Falle einer alternativen Verbindlichkeit die Annahme der einen von dem Bürgen bewirkten Leistung seitens des Gläubigers als Erfüllung wirken kann. Anfechtungs-, Kompensationsrecht des Hauptschuldners,

In Ermangelung gegentheiliger Bestimmungen des Entwurfes wirkt die gegenüber dem Hauptschuldner eingetretene Unterbrechung der Verjährung nicht gegen den Bürgen, und die gegen den Bürgen eingetretene Unterbrechung nicht gegen den Hauptschuldner. Aber auf die eingetretene Verjährung der Hauptschuld kann sich der Bürge nach der Vorschrift des Abs. 1 verb. mit § 182 Abs. 1 stets berufen, auch wenn gegen ihn eine Unterbrechung stattgefunden haben sollte. Verjährung der Hauptschuld.

§ 672.

Nach der herrschenden Auffassung des gemeinen Rechtes haftet der Bürge, sofern er ein nicht beschränktes Bürgschaftsversprechen geleistet hat, für die Hauptverbindlichkeit und alle Erweiterungen und Aenderungen, welche aus derselben nach Rechtsgrundsätzen sich entwickelt haben, z. B. zufolge einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung oder des Verzuges des Umfang der Haftung des Bürgen. Geltendes Recht.

---

[1]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 254, 255; österr. G. B. § 1352; code civil Art. 2012 Abs. 2; sächs. G. B. § 1459 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 492 Abs. 3; hess. Entw. Art. 587 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 863; vergl. Windscheid § 477 Noten 4, 5.

[2]) Sächs. G. B. § 1459 Satz 2.

Schuldners, dagegen nicht ohne Weiteres auch für selbständige Nebenverbindlichkeiten des Hauptschuldners, insbesondere nicht für Konventionalzinsen und Konventionalstrafen[1]). Das preuß. A. L. R. stellt in Ansehung des Umfanges der Haftung des Bürgen eine große Zahl von Auslegungsregeln auf, bei welchen nicht sowohl jene Unterscheidung zwischen gesetzlichen Aenderungen und Erweiterungen der Hauptverbindlichkeit und selbständigen Nebenverbindlichkeiten, als vielmehr der Grundsatz hervortritt, daß für die geringere Verpflichtung zu interpretiren ist[2]). Hervorzuheben ist, daß hiernach der Bürge, welcher nur für die Kapitalsumme sich verbürgte, für Zinsen, Kosten, Früchte, Schäden und Konventionalstrafen nicht einsteht, jedoch dann, wenn das Kapital ein zinsbares war, für den rückständigen Zins des letzten Jahres haftet, sowie daß Verbürgung für die gesammte Verbindlichkeit aus einem Geschäfte für alle Erweiterungen aus der Schuld, insbesondere auch für entgangenen Gewinn, verpflichtet und daß bei selbstschuldnerischer Verbürgung eine solche umfassende Verpflichtung unterstellt wird. Dagegen beschränkt sich der code civil (Art. 2016) auf die Bestimmung, daß die unbestimmte Verbürgung für eine Hauptverbindlichkeit, d. h. wenn der Bürge nicht seine Verpflichtung beschränkt hat, sich auf alle Akzessorien der Schuld, selbst auf die Kosten der ersten Klage, und auf alle diejenigen erstreckt, welche nach der dem Bürgen davon geschehenen Ankündigung entstanden sind.

Entwurf: Haftung nach dem jeweil. Bestande und Umfange der Hauptschuld.

Die Vorschrift des Entwurfes, daß der Bürge — selbstverständlich vorausgesetzt, daß er sich ohne Beschränkung verbürgt hat — für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in deren jeweiligem Bestande und Umfange hafte (Abs. 1), und daß seine Haftung sich insbesondere auf solche Erweiterungen und Aenderungen erstrecke, welche die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners erfährt (Abs. 2 Satz 1), erscheint prinzipiell gemäß dem Wesen der Bürgschaft als die allein richtige und stimmt außer mit dem gemeinen Rechte auch mit dem sächs. G. B., dem schweiz. Bd. Ges. und den neueren Entwürfen im Wesentlichen sachlich überein[3]). Aus dem Prinzipe des Abs. 1 folgt insbesondere, daß der Bürge auch dann, wenn der Hauptschuldner in dem konkreten Schuldverhältnisse die Gefahr trägt und ohne sein Verschulden die Leistung ganz oder theilweise unmöglich geworden ist, für die hieraus sich ergebenden Aenderungen der Hauptverbindlichkeit einzustehen hat. Dies kann jedoch, wenn das Prinzip richtig ist und er demgemäß wegen anderer Aenderungen zu haften hat, keinem begründeten Bedenken unterliegen.

nicht für rechtsgeschäftliche Erweiterungen 2c.

Das Prinzip des Entwurfes (Abs. 1) bedarf aber der in allen Rechten anerkannten[4]) Beschränkung, daß die Haftung des Bürgen sich nicht auf solche

---

[1]) Windscheid § 477 Noten 26, 27.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 258—276, Eccius § 144 A. 37, Dernburg II § 243 Nr. 1, bes. Noten 3, 4, 7, Entsch. d. R. O. H. G. VI Nr. 64 S. 281 (zu §§ 259, 260). Aehnlich das österr. G. B. § 1353.

[3]) Sächs. G. B. § 1456; schweiz. Bd. Ges. Art. 499 Abs. 1; hess. Entw. Art. 594 Abs. 1, Art. 595, bayr. Entw. Art. 871 Abs. 1, Art. 872 Abs. 1; vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. VIII Nr. 107.

[4]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 336; sächs. G. B. § 1460; bayr. Entw. Art. 877 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 932, 938; Seufferts Archiv XXXII Nr. 234.

Erweiterungen und Aenderungen der Hauptverbindlichkeit erstreckt, welche in einem nach der Schließung des Bürgschaftsvertrages von dem Hauptschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, insbesondere in einem nach jenem Zeitpunkte von dem Hauptschuldner ertheilten Verzichte auf Einreden sich gründen (Abs. 2 Satz 2). Durch ein solches Rechtsgeschäft wird im rechtlichen Effekte eine neue Verbindlichkeit geschaffen, für welche einzustehen der Bürge nicht versprochen hat. Die Haftung müßte durch besondere neue Vereinbarung übernommen werden[1]). Hieraus ergiebt sich z. B., daß der Bürge, wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger in einem mit diesem abgeschlossenen Vergleiche eine andere Leistung, als die ursprünglich geschuldete, auf welche sich der Vergleich bezog, versprach, für die Erfüllung dieser anderen Leistung nicht haftet, ferner, daß ein Anerkenntniß der Schuld durch den Hauptschuldner den Bürgen nicht bindet. Andererseits ist gemäß dem Prinzipe (§§ 671 und 672 Abs. 1, 2) zweifellos, daß der Bürge sich auf eine durch Rechtsgeschäft eingetretene Minderung der Hauptschuld zu berufen berechtigt ist.

Besonders hervorzuheben ist (in Abs. 3) die Haftung des Bürgen für die Kosten, welche aus der Rechtsverfolgung des persönlichen Anspruches gegen den Hauptschuldner entstanden und von diesem zu tragen sind. Sind dieselben durch mora oder culpa des Hauptschuldners oder überhaupt unabhängig von einer Rechtshandlung desselben veranlaßt, so muß der Bürge dafür in Gemäßheit des Prinzipes aufkommen. Gründen sich die Kosten aber in einer Prozeßführung des Hauptschuldners, so ist allerdings nicht unzweifelhaft, ob sie an sich nicht unter die Ausnahme des Prinzipes (Abs. 2 Satz 2) fallen. Zur Beseitigung des Zweifels und zur Vereinfachung des Gesetzes legt der Entwurf mit dem sächs. G. B. (§ 1456) dem Bürgen die erwähnte Haftung unterschiedslos auf. Unverkennbar hat die Bestimmung des schweiz. Bd. Ges. (Art. 499 Abs. 2), der Bürge hafte für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners nur insofern, als ihm rechtzeitig Gelegenheit gegeben worden, durch Befriedigung des Gläubigers dieselben zu vermeiden[2]), Gründe der Billigkeit für sich. Allein einerseits legt eine derartige Bestimmung dem Gläubiger eine lästige Verbindlichkeit auf, welche sich aus dem Bürgschaftsverhältnisse schwerlich herleiten läßt, andererseits gewährt sie dem Bürgen in den meisten Fällen nur einen geringen Vortheil; denn derselbe wird meist Anstand nehmen, den Gläubiger zu befriedigen, so lange ungewiß ist, ob der Hauptschuldner in einen Prozeß mit dem Gläubiger sich einlassen und die gerichtliche Durchführung der Ansprüche desselben erwarten will.

Haftung für Kosten der Rechtsverfolgung,

Die Vorschrift des Abs. 3 umfaßt nicht auch die Kosten der Kündigung der Hauptschuld (arg. § 1149); in Ansehung derselben entscheidet das Prinzip (Abs. 1, Abs. 2 Satz 1). Aus jener Vorschrift ist selbstverständlich nichts über die Wirksamkeit des in dem Prozesse zwischen dem

der Kündigung,

[1]) S. §§ 1148, 1149 und §§ 1064—1066 verb. mit § 1084 Abs. 3; Seufferts Archiv XXXII Nr. 234; vergl. bezüglich des Zwangsvergleiches Konk. O. § 178, Mot. hierzu S. 422 ff.

[2]) Aehnlich code civil Art. 2016; hess. Entw. Art. 594 Abs. 3, bayr. Entw. Art. 871 Abs. 3.

Hauptschuldner und dem Gläubiger ergangenen Urtheiles auf das Verhältniß des letzteren zum Bürgen zu entnehmen. Diesfalls sind die allgemeinen Grundsätze entscheidend (vergl. bes. §§ 192, 327).

für Vertragszinsen, Konventionalstrafe.

Ueber die Frage der Haftung des Bürgen für die auf einem besonderen Versprechen des Hauptschuldners beruhenden Nebenansprüche des Gläubigers (Vertragszinsen, Konventionalstrafe) schweigt der Entwurf. Ob das Bürgschaftsversprechen sich auf solche Nebenansprüche erstreckt, läßt sich nur in jedem einzelnen Falle im Wege der Auslegung bestimmen. Jede Auslegungsregel würde nur die Ermittelung des Parteiwillens beengen[1]).

Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptschuld,

durch Schuld des Bürgen.

Die Verbindlichkeit des Bürgen erlischt mit dem Erlöschen der Hauptschuld (§§ 668, 672 Abs. 1)[2]). Dies gilt insbesondere auch im Falle der Befreiung des Hauptschuldners von der Verpflichtung zur Leistung in Folge der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung (§ 237). Die Bestimmung des röm. Rechtes, daß, wenn der Bürge durch seine Schuld die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners unmöglich gemacht habe, zwar der Hauptschuldner (zufolge jenes für ihn einen casus bildenden Umstandes) befreit werde, der Bürge aber fortfahre, als Bürge zu haften (Windscheid § 477 Note 19), ist, abgesehen vom dresd. Entw. (Art. 945 Satz 1), in keine moderne Gesetzgebung übergegangen. Sie ist auch bedenklich und zu entbehren. Hat der Bürge das Erlöschen der Hauptschuld durch eine unerlaubte Handlung verschuldet, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen über die Vertretung unerlaubter Handlungen für das Interesse (§§ 218, 219, §§ 704 f., 715). Es ist nicht nöthig, zu Gunsten des hiernach zum Schadensersatze berechtigten Gläubigers die Fortdauer der Bürgschaft vorzuschreiben. Eine solche Bestimmung könnte in manchen Fällen, namentlich wenn für eine in einem gegenseitigen Vertrage sich gründende Verbindlichkeit die Bürgschaft geleistet worden ist, nach § 368 Abs. 1 zu großen Verwickelungen führen. Eine andere Frage ist, ob der Bürge, welcher das Erlöschen der Hauptschuld herbeigeführt hat, auch dann, wenn er diesfalls nicht aus einem zivilrechtlichen Delikte haftet, dem Gläubiger gegenüber durch Verletzung der aus dem Bürgschaftsvertrage entspringenden Pflichten verantwortlich ist. Die Entscheidung dieser Frage kann aber der Wissenschaft überlassen bleiben.

§ 673.

Haftung mehrerer Bürgen

Die Vorschrift, daß mehrere Bürgen für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners (Mitbürgen) ohne Unterschied, ob die Verbürgung zu derselben oder zu verschiedener Zeit, gemeinsam oder nicht gemeinsam geschehen ist, als Gesammtschuldner (§§ 321 ff.), also mit Ausschluß der Einrede der

---

[1]) Windscheid § 477 Noten 27—29; Seufferts Archiv XXXII Nr. 234, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. X Nr. 7 S. 52. Bestimmte Auslegungsregeln enthalten das sächs. G. B. § 1457, das schweiz. Bd. Ges. Art. 499 Abs. 3, der hess. Entw. Art. 594 Abs. 2, der bayr. Entw. Art. 871 Abs. 2 und der dresd. Entw. Art. 932 Abs. 2.

[2]) Windscheid § 477; preuß. A. L. R. I, 14 § 385, I, 16 §§ 496, 497; schweiz. Bd. Ges. Art. 501; österr. G. B. § 1363.

Theilung (§ 324), haften, weicht zwar vom gemeinen Rechte ab[1]), stimmt dagegen mit dem modernen Rechte zum großen Theil überein[2]). In Ansehung der gemeinsamen Verbürgung statuirt § 673 insoweit eine Ausnahme von dem Prinzipe des § 320, während im Falle nicht gemeinsamer Verbürgung jeder Bürge auf Grund seines Versprechens zweifellos auf das Ganze haftet, so daß ohnedies ein Gesammtschuldverhältniß sich ergäbe. Bei der gemeinsamen Verbürgung wird meist der Parteiwille gerade dahin gehen, jeder Bürge habe dem Gläubiger gegenüber in gleicher Weise für das Ganze einzustehen, wie im Falle der getrennten Uebernahme der Bürgschaft. Dazu kommt aber noch die Rücksicht auf einen anderen wichtigen Umstand. Nicht selten ist in hohem Grade zweifelhaft, ob eine gemeinsame Verbürgung vorliegt oder nicht. Die Gleichzeitigkeit der Bürgschaftserklärungen ist in dieser Beziehung keineswegs ausschließlich entscheidend[3]). Die Bürgschaftsversprechen können dem Gläubiger in getrennten Akten und zu verschiedenen Zeiten ertheilt, unter den Bürgen gleichwohl die gemeinsame Verbürgung vereinbart sein oder jeder Bürge in der Voraussetzung und in dem Vertrauen sich verbürgt haben, daß auch die Anderen die Bürgschaft übernehmen werden. Umgekehrt ist denkbar, daß nach dem äußeren Anscheine eine gemeinsame und gleichzeitige Verbürgung vorliegt, weil alle Verbürgungen in einer und derselben Urkunde sich finden, obschon in Wirklichkeit die Bürgschaft zu verschiedenen Zeiten und durch getrennte Akte übernommen wurde. Fälle der einen wie der anderen Art sind in der Praxis nicht selten. Die Dispositivnorm des § 673 schneidet alle Streitigkeiten ab, zu welchen solche Fälle Anlaß geben, schafft einfaches und klares Recht, ohne mit der Billigkeit in Widerspruch zu treten. Schon um dieser praktischen Vortheile willen ist die Normirung des Entwurfes derjenigen des schweiz. Bd. Ges. Art. 496 vorzuziehen, wonach mehrere Bürgen, welche gemeinsam die nämliche theilbare Hauptschuld verbürgt haben, in Ermangelung der Verabredung solidarischer Haftung für ihre Antheile als einfache Bürgen und für die Antheile der Uebrigen als Nachbürgen zu haften haben.

Ohne Einrede der Theilung.

In Ansehung des Regresses unter den mehreren Mitbürgen ist im Hinblicke auf die Bestimmung des § 337 eine besondere Vorschrift[4]) entbehrlich.

§§ 674, 675.

Einrede der Vorausklage.

Der § 674, indem er dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zuspricht, enthält das Prinzip der Subsidiarität der Bürgschaftsverbindlichkeit. Der

[1]) Windscheid § 479; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. IV S. 329. Das beneficium divisionis gewährt auch der code civil Art. 2026, 2027 und bei gemeinsamer Verbürgung das württemb. L. R. II, 3 §§ 5, 6.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 373, 374, 378 (Dernburg II § 246 Noten 2, 3); österr. G. B. § 1359; bad. L. R. Satz 2027 a; sächs. G. B. § 1458 (§ 1024); hess. Entw. Art. 598, bayr. Entw. Art. 873, dresd. Entw. Art. 933.

[3]) Vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. II Nr. 80.

[4]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 378, 379; code civil Art. 2033; österr. G. B. § 1359; schweiz. Bd. Ges. Art. 496 Abs. 2; hess. Entw. Art. 608, bayr. Entw. Art. 886; Windscheid § 481 Nr. 3; württemb. L. R. II, 3 § 5.

Bürge erklärt durch das Bürgschaftsversprechen in Gemäßheit des rechtlichen Bürgschaftsbegriffes an sich nicht allein den Willen, erst hinter dem Hauptschuldner zu haften, sondern auch den Willen, nur für den Fall einzustehen, wenn und soweit die Rechtshülfe gegen den Hauptschuldner fruchtlos versucht worden. Es kann allerdings bezweifelt werden, ob die Voraussetzung auch des letzteren Willens haltbar ist, zumal die Einrede der Vorausklage im röm. Rechte erst durch Justinian eingeführt worden (Nov. 4 c. 1) und dem deutschen Rechte wohl unbekannt gewesen ist. Zudem ist im modernen Rechtsverkehre der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage mindestens in den wichtigeren Fällen und bei schriftlichen Verbürgungen fast zur Regel geworden. Es fällt ferner der Vorgang des H. G. B. (Art. 281) schwer ins Gewicht, da die Rechtssicherheit unter der in Frage stehenden Verschiedenheit des Handelsrechtes und des sonstigen bürgerlichen Rechtes leiden kann. Die Versagung des Rechtsbehelfes der Vorausklage könnte endlich auch als ein Mittel, dem leichtsinnigen Verbürgen zu steuern, sich empfehlen, während auf der anderen Seite doch darauf vertraut werden dürfte, daß die Rechtsverfolgung gegen den zahlungsfähigen Schuldner (vor dem Bürgen) die Regel bleiben würde. Ungeachtet dieser gegen die Rechtswohlthat der Vorausklage sprechenden Gründe behält der Entwurf dieselbe bei. Das geltende Recht[1]), von dem H. G. B. abgesehen, gewährt dieselbe durchgehends dem Bürgen. Nur das österr. Recht (österr. G. B. § 1355) macht insofern eine — bis in die neueste Zeit ohne Nachahmung gebliebene — Ausnahme, als es die Belangung des Bürgen gestattet, wenn nur der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Mahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat. Der Entwurf würde hiernach mit der Versagung des Rechtsbehelfes eine schwerwiegende Neuerung unternehmen, obwohl und trotzdem aus dem geschilderten Stande der Gesetzgebung mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß im Verkehre der Gedanke sich eingebürgert hat und in voller Stärke fortlebt, der Bürge sei erst dann in Anspruch zu nehmen, wenn die Rechtshülfe gegen den Hauptschuldner versagt habe, und der Bürge müsse, wenn es anders sein solle, die strengere Haftung besonders übernehmen. Es wäre überaus gewagt, mit dieser den Verkehr beherrschenden Auffassung sich in Widerspruch zu setzen. Es würden daraus weit größere Nachtheile entspringen, als diejenigen, welche sich an das geltende Recht knüpfen. Jene Neuerung müßte überdies den weiteren praktischen Uebelstand nach sich ziehen, daß sie die Bürgschaftsverträge erschwerte, in welchen der Bürge nur die geringere Haftung, wie sie dem geltenden Rechte entspricht, zu übernehmen beabsichtigt. Solche Verträge würden doch noch häufig geschlossen werden, den Parteien aber dann die Möglichkeit fehlen, in einfacher Weise jene geringere Haftung zu bestimmen, es müßte denn das Gesetz den Fall der Uebernahme der Bürgschaft unter Vorbehalt der Einrede der Vorausklage besonders normiren. Hierdurch gingen aber die Vortheile der gesetzlichen (regelmäßigen)

---

[1]) Windscheid § 478; preuß. A. L. R. I, 14 § 283; code civil Art. 2021 ff.; sächs. G. B. § 1461; schweiz. Bd. Ges. Art. 493 (zür. G. B. §§ 1789 ff.); württemb. L. R. II, 5 § 1; hess. Entw. Art. 599, bayr. Entw. Art. 874, dresd. Entw. Art. 934; vergl. niederl. G. B. Art. 1869 ff., ital. G. B. Art. 1908 ff.

Beseitigung der Rechtswohlthat der Vorausklage zum großen Theile wieder verloren.

Der § 674 Abs. 1 bringt durch seine Fassung zum deutlichen Ausdrucke, daß der Rechtsbehelf der Vorausklage dem Bürgen als solchem zusteht und nicht erst durch die Erhebung des Anspruches gegen den Bürgen zur Entstehung gelangt, sowie daß der gegen den Bürgen klagende Gläubiger nicht zur Begründung der Klage zu behaupten hat, er habe den Hauptschuldner bereits ausgeklagt oder sei zur Vorausklage nicht verpflichtet, daß vielmehr die Einrede der Vorausklage, wenn sie Berücksichtigung finden soll, als solche von dem Bürgen erhoben werden muß. Uebrigens bildet die Einrede der Vorausklage (aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit) keinen Hemmungsgrund der Verjährung (§ 162)[1]).

Der Entwurf (§ 674 Abs. 2) bestimmt weiter, was unter Ausklagung zu verstehen ist, nämlich nicht die Verurtheilung des Hauptschuldners, welche bei dem Vorhandensein eines anderen vollstreckbaren Titels gar nicht zu erfolgen braucht, sondern der ohne Erfolg versuchte Zwang zur Erfüllung; und, um bei der Mannigfaltigkeit der möglichen Zwangsvollstreckung einen sicheren Halt zu bieten, giebt er Vorschriften darüber, unter welchen — vom Gläubiger zu beweisenden — Voraussetzungen die Pflicht zur Vorausklage als erfüllt anzusehen sei. Ist ein anderer Anspruch als eine Geldforderung in Frage, so genügt es, daß eine nach der C. P. O. zulässige, auf Erfüllung der Verpflichtung des Hauptschuldners gerichtete Zwangsvollstreckung ohne Erfolg stattgefunden hat. Ein erfolgloser Versuch ist genügend. Steht aber eine Geldforderung in Frage, so muß es genügen, wenn der Gläubiger vergeblich versucht hat, durch Zwangsvollstreckung in die bewegliche körperliche Habe des Hauptschuldners (§ 778; C. P. O. §§ 708 f.) am Wohnsitze und in Ermangelung eines solchen am Aufenthaltsorte desselben seine Befriedigung zu erlangen (Abs. 2 Satz 2). Der Entwurf ist insoweit dem Gläubiger günstiger, als das gemeine und namentlich auch das preuß. Recht[2]). Es kann jedoch dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmerung seiner aus der Bürgschaft sich ergebenden Rechte

Begriff der Vorausklage (Ausklagung).

---

[1]) Als Einrede wird die Rechtswohlthat aufgefaßt von der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin (Windscheid § 478 Note 1), vom code civil Art. 2022, 2023, sächs. G. B. § 1491, württemb. L. R. II, 5 § 1, 2, bayr. Entw. Art. 874, dresd. Entw. Art. 934; zweifelhaft das schweiz. Bd. Ges. Art. 493, hess. Entw. Art. 599. Nach preuß. Rechte ist der Einwand der Vorausklage nicht Einrede, sondern Klageverneinung; die entsprechende Behauptung gehört zur Klagebegründung: Eccius II § 144 S. 382 f., Dernburg II § 244.

[2]) Das preuß. A. L. R. stellt genaue Regeln (a. a. O. §§ 284—296) auf, wann das Unvermögen des Schuldners als festgestellt zu erachten sei und verweist den Gläubiger hierbei auf den Versuch der Exekution in das Vermögen des Hauptschuldners (Mobilien, Immobilien, Forderungen) überhaupt, verlangt auch die vorherige Verwirklichung jedes Pfandrechtes bezw. Subhastation. Auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 494 verlangt allgemein den vorausgehenden Versuch der Befriedigung aus den Pfändern, durch welche die verbürgte Forderung gesichert ist. Der code civil Art. 2023 legt dagegen dem die Einrede der Vorausklage vorschützenden Bürgen den Nachweis des anzugreifenden Vermögens des Hauptschuldners und den Vorschuß der zur Ausklagung nöthigen Gelder auf.

nicht zugemuthet werden, die meist mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwande verbundene, mitunter auch nur geringen Erfolg versprechende Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durchzuführen oder die Aktiva und sonstigen Rechte des Hauptschuldners im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch zu nehmen und in die damit verknüpften Weiterungen sich zu ergeben. Dagegen muß wenigstens eine Zwangsvollstreckung der oben gedachten Art, bezw. der Versuch einer solchen an dem im Inlande oder im Auslande gelegenen Wohnsitze ev. Aufenthaltsorte des Hauptschuldners (vergl. aber § 675 Nr. 2) verlangt werden. Durch jene erfolglosen Ausklagungsversuche wird die Erfolglosigkeit dem Bürgen gegenüber endgültig festgestellt (preuß. A. L. R. a. a. O. § 306). Der Bürge kann also nicht, falls nachher der Schuldner zu Vermögen gekommen (zahlungsfähig geworden) ist, hierauf die Einrede gründen. Nur bestimmt der Entwurf (§ 674 Abs. 2 Satz 3) weiter, daß, wenn der Gläubiger an beweglichen Sachen (§ 778) des Hauptschuldners ein Pfandrecht hat, er außerdem zuvor aus diesen Sachen seine Befriedigung gesucht haben muß (vergl. §§ 1145, 1165 ff.). In diesem Falle, wohin auch der Fall gehört, wenn auf Betreiben des Gläubigers an einem anderen Orte als dem Wohnsitze bezw. Aufenthaltsorte des Hauptschuldners bewegliche Sachen des letzteren gepfändet worden sind, ist der Gläubiger die Erlangung der Befriedigung zunächst aus den zum Pfande haftenden Sachen aus demselben Grunde zu versuchen verpflichtet, aus welchem er hierzu bei der Pfändung im Wege der am Wohnsitze des Hauptschuldners erwirkten Zwangsvollstreckung verbunden ist.

Ausschluß der Einrede: α. Verzicht des Bürgen,

Die Einrede der Vorausklage wird durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen ausgeschlossen, Verzicht auf die Einrede (§ 675 Nr. 1). Als ein Hauptbeispiel des Verzichtes führt der Entwurf den wichtigen und häufigen Fall an, wenn der Bürge als Selbstschuldner oder Selbstzahler sich verbürgt hat (Nr. 1). Dies stimmt mit dem geltenden Rechte überein[1]). Wenn im sächs. G. B. (§ 1462; vergl. dresd. Entw. Art. 934) der Ausschluß der Einrede der Vorausklage auch für den Fall bestimmt wird, wenn der Bürge die sofortige Erfüllung der Verbindlichkeit zur Verfallzeit versprochen habe, so liegt hierin nur ein weiteres, keine besondere Auszeichnung verdienendes Beispiel eines stillschweigenden Verzichtes auf die Einrede.

Verpflichtung als Selbstschuldner;

Die Uebernahme der Bürgschaft mit dem Zusatze „als Selbstschuldner oder Selbstzahler" ist übrigens, sofern nicht aus dem übrigen Inhalte des Bürgschaftsvertrages sich ein Anderes ergiebt, nur als die Uebernahme einer gewöhnlichen Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zu betrachten. Dieser Verzicht ändert an sich nichts an der akzessorischen Natur der Bürgschaft. Dies bedarf keiner weiteren Hervorhebung im Gesetze (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 495), da sich aus § 675 Nr. 1 deutlich ergiebt, daß der Entwurf eine derartige Verbürgung eben nur als Bürgschaft unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage auffaßt. Insbesondere gelten also auch für

---

1) Windscheid § 478 Nr. 5 Note 7; preuß. A. L. R. §§ 297, 307; österr. G. B. § 1357; code civil Art. 2021; bad. L. R. Satz 2021a; württemb. L. R. II, 5 § 2; sächs. G. B. § 1462; schweiz. Bd. Ges. Art. 495; hess. Entw. Art. 599 Nr. 1, bayr. Entw. Art. 875 Nr. 1, 2, dresd. Entw. Art. 934.

und gegen einen selbstschuldnerischen Bürgen die Bestimmungen der §§ 671, 672 (vergl. dagegen §§ 325, 326, 334 Abs. 2)[1]).

Die Einrede der Vorausklage ist ferner ausgeschlossen, wenn die Ausklagung des Hauptschuldners (§ 674) durch eine nach dem Abschlusse des Bürgschaftsvertrages eingetretene Aenderung des Wohnsitzes oder Aufenthaltes des Hauptschuldners erheblich erschwert worden ist (§ 675 Nr. 2)[2]). Wenn man an jede nach dem Abschlusse des Bürgschaftsvertrages eingetretene erhebliche Erschwerung der Ausklagung des Hauptschuldners den Verlust der Einrede knüpfte[3]), so würde diese eine schwer zu übersehende und zu mancherlei Streitigkeiten führende Abschwächung erleiden. Es genügt, die aus einer Aenderung des (in- oder ausländischen) Wohnsitzes oder Aufenthaltes des Hauptschuldners entspringende Erschwerung zu berücksichtigen, liege nun die Erschwerung schon im Wechsel oder in der Unbekanntschaft mit dem gegenwärtigen Wohnsitze oder Aufenthaltsorte. β. Aenderung des Wohnsitzes des Haupt-schuldners,

Die in § 675 Nr. 3, 4 bezeichneten Umstände endlich sind ihrer Bedeutung nach der Ausklagung im Sinne des § 674 gleichwerthig. Die Berücksichtigung der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners (§ 675 Nr. 3) entspricht dem allerorts geltenden Rechte[4]). Ist anzunehmen, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht führen werde (§ 675 Nr. 4), so muß die nach § 674 zu versuchende Zwangsvollstreckung zwecklos erscheinen. Im bestehenden Rechte wird zum Theil der Ausschluß an die nachgewiesene Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners geknüpft[5]). Dieser Ausdruck erscheint γ. Konkurs des Hauptschuldners; δ. Voraussichtliche Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung.

[1]) Seufferts Archiv III Nr. 167, IV Nr. 226, XVII Nr. 144, XI Nr. 243, XII Nr. 240, XXVIII Nr. 173; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XX Nr. 15, d. R. G. in Civils. VIII Nr. 66. Auch nach dem code civil Art. 2021 (Zachariä II § 425 A. 9a—12) begreift der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage noch nicht die solidarische Haftung des Bürgen in sich. Das österr. G. B. § 1357 bestimmt dagegen, daß, wer sich als Bürge und Zahler verpflichte, als ungetheilter Mitschuldner für die ganze Schuld hafte (§ 891), was jedoch nach Hasenöhrl a. a. O. II S. 281 N. 118—120 nicht wörtlich zu nehmen ist; der akzessorische Karakter der Bürgschaft bleibt auch hier in gewissen Richtungen bestehen.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 298: wenn der Hauptschuldner nicht mehr im Königreiche Preußen (bezw. nicht mehr im deutschen Reiche, Eccius II § 144 A. 67, Dernburg II § 244 Note 14) belangt werden kann; österr. G. B. § 1356 (Unbekanntschaft des Aufenthaltes des Hauptschuldners); sächs. G. B. § 1462 (Aufenthalt außerhalb der deutschen Bundesstaaten und Unbekanntschaft des Aufenthaltes); schweiz. Bd. Ges. Art. 493 (Unmöglichkeit, den Schuldner in der Schweiz zu belangen); dresd. Entw. Art. 934 (erhebliche Schwierigkeit in Folge Unbekanntschaft oder Wechsels des Wohnsitzes).

[3]) Aehnlich hess. Entw. Art. 599 Nr. 2; bayr. Entw. Art. 875 Nr. 3; vergl. Windscheid § 478 Nr. 1, 2 (württemb. L. R. II, 5 § 3).

[4]) Vergl. Windscheid § 478 Note 4; Entsch. d. R. G. in Civils. III S. 356; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 300 ff.; österr. G. B. § 1356; sächs. G. B. § 1462; schweiz. Bd. Ges. Art. 493; bayr. Entw. Art. 875 Nr. 3, dresd. Entw. Art. 934.

[5]) Sächs. G. B. § 1462; bayr. Entw. Art. 874, dresd. Entw. Art. 934; vergl. dagegen württemb. L. R. II, 5 § 2 und preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 284, 285, 294, 295.

jedoch im Hinblicke auf den in der Konk. O. (§ 94, Motive dazu S. 319, 320) hiermit verbundenen besonderen Sinn, sowie deshalb nicht passend, als hieraus irrthümlich geschlossen werden könnte, daß alsdann, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner überhaupt einmal fruchtlos durchgeführt hat (§ 674) und der Hauptschuldner später zahlungsfähig geworden wäre, die Einrede noch zulässig sein sollte. Der Entwurf hat in der Fassung den § 2 des R. Ges. v. 21. Juli 1879, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens (R. G. Bl. S. 277), zum Vorbilde genommen.

Nachbürge. Derjenige, welcher sich dem Gläubiger gegenüber nur für die Erfüllung der von dem Hauptbürgen übernommenen Verbindlichkeit verpflichtet, falls die anderweite Erfüllung derselben unterbleibt (Nachbürge, Afterbürge, Ueberbürge), erscheint als gewöhnlicher Bürge für die von dem Hauptbürgen eingegangene Bürgschaftsverpflichtung (fidejussor fidejussoris). Hieraus folgt, ohne daß es eines Ausspruches im Gesetze bedarf, von selbst, daß ihm in Beziehung auf die Bürgschaftsverpflichtung des Hauptbürgen die Einrede der Vorausklage in gleicher Art zusteht, wie jedem anderen Bürgen. Unrichtig aber ist, die vorherige Ausklagung des Hauptschuldners vor der Inanspruchnahme des Nachbürgen auch dann zu verlangen, wenn dem Hauptbürgen die Einrede der Vorausklage nicht zusteht[1]). Dagegen versteht sich gleichfalls von selbst, daß der Nachbürge nach dem Prinzipe des § 671 sich der Einreden bedienen kann, welche dem Hauptschuldner und dem Hauptbürgen gegen die verbürgte Forderung zustehen[2]).

Bürgschaft für den Ausfall. Verpflichtet sich der Bürge unter der Bedingung der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners oder für den Fall des Unvermögens des letzteren oder (nur) für den Ausfall, welchen der Gläubiger bei der Geltendmachung seines Anspruches gegen den Hauptschuldner erleiden wird (fidejussio indemnitatis), so hat er zweifellos die Einrede nicht allein auf Grund des Gesetzes, sondern auch auf Grund der dem Versprechen beigefügten Beschränkung. Ob die Beschränkung von größerem Umfange, als die schon aus dem Gesetze entspringende ist, zutreffendenfalls, wie weit sie über die gesetzlichen Grenzen hinausgreift, muß aber im Einzelfalle im Wege der Auslegung ermittelt werden. Eine allgemeine Regel läßt sich hierfür nicht aufstellen[3]).

§ 676.

Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Ob der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, auf den Hauptschuldner zurückgreifen kann, hängt an sich von dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisse ab. In zahlreichen Fällen sind

---

[1]) Dresd. Entw. Art. 935; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 376, 389; sächs. G. B. § 1450; schweiz. Bd. Ges. Art. 497; hess. Entw. Art. 600, bayr. Entw. Art. 866, 883; württemb. Archiv III S. 393; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. IV S. 330.

[2]) Hess. Entw. Art. 602, bayr. Entw. Art. 877, dresd. Entw. Art. 937.

[3]) Vergl. dresd. Entw. Art. 935; sächs. G. B. §§ 1452, 1463; preuß. A. L. R. a. a. O. § 309, Eccius II S. 383; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XIII Nr. 62.

diesfalls die Vorschriften über das Mandat und die negotiorum gestio maßgebend. Es kann insbesondere nicht bezweifelt werden, daß das Mandat, die Bürgschaft zu übernehmen, auch das Mandat, eintretenden Falles den Gläubiger zu befriedigen, in sich schließt. Es ist überflüssig, auf die besonderen Rechtsverhältnisse, abgesehen von der Vorschrift des § 676 Abs. 2, hinzuweisen. Die entsprechenden Bestimmungen des dresd. Entw. (§ 939) zumal könnten dahin verstanden werden, daß der Bürge, welcher nicht aus Auftrag des Hauptschuldners sich verbürgt und den Gläubiger demnächst befriedigt habe, in Ansehung dieser Befriedigung stets als negotiorum gestor des Hauptschuldners zu gelten habe, was unrichtig wäre, z. B. im Falle der Verbürgung oder der Befriedigung animo donandi (gegenüber dem Hauptschuldner), oder, wenn die Verbürgung ohne jede Mitwirkung des Hauptschuldners und ohne Wissen desselben gegen eine vom Gläubiger gewährte Vergütung (Prämie), vielleicht im Wege des Versicherungsvertrages erfolgte. Ueberdies kann schon in der Verbürgung selbst ohne Hinzutritt der Befriedigung des Gläubigers eine die actio negotiorum gestorum contraria gewährende Geschäftsführung für den Hauptschuldner liegen[1]).

Uebergang der Rechte des Gläubigers auf den Bürgen.

Der § 676 bestimmt aber allgemein, daß, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, auf ihn die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner kraft des Gesetzes übertragen werde (§§ 293, 294). Dieser Legalübergang (subrogatio, cessio ficta) findet hiernach zu Gunsten des den Gläubiger befriedigenden Bürgen statt, gleichviel in welcher Weise die Befriedigung durch den Bürgen erfolgte, also z. B. im Falle begründeter Hinterlegung des Bürgen (§§ 272, 276), der Befriedigung durch datio in solutum (§ 264) oder durch Aufrechnung zwischen Bürgen und Gläubiger (§§ 282 ff.). Im Anschlusse an das moderne Recht[2]) und aus Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit verweist der Entwurf, entgegen dem gemeinen Rechte, den von dem Gläubiger in Anspruch genommenen Bürgen nicht auf die in dem beneficium cedendarum actionum enthaltene (obligatorische) Retentionseinrede (exceptio doli), läßt vielmehr den Legalübergang eintreten und zwar zu Gunsten eines jeden Bürgen, auch des selbstschuldnerischen Bürgen[3]), ohne Unterschied, ob er die Bürgschaft im Einverständnisse mit dem Schuldner oder ohne dessen Einwilligung oder Wissen übernommen hat (dresd. Entw. Art. 940), vor-

---

[1]) Vergl. hess. Entw. Art. 603 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 880; preuß. A. L. R. a. a. O. § 341, Eccius II § 144 S. 389; code civil Art. 2028, Zachariä § 426 A. 2; sächs. G. B. §§ 1471, 1474, 1475; Windscheid § 481; Seufferts Archiv XXXIV Nr. 210; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XI Nr. 2 S. 4, d. R. G. in Civils. I Nr. 124 S. 345. Das schweiz. Bd. Ges. und das österr. G. B. erwähnen nur die Subrogation.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 338, Eccius II § 144 S. 389 f., I § 99 S. 646 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 15; österr. G. B. § 1358, Hasenöhrl II § 73 Noten 108, 109, § 80 Note 111; code civil Art. 2029; bayr. L. R. IV § 14,6; schweiz. Bd. Ges. Art. 504; hess. Entw. Art. 603 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 879, dresd. Entw. Art. 940. Dem gemeinen Rechte (Windscheid § 481 Nr. 2) folgt nur das sächs. G. B. § 955. Vergl. Entwurf §§ 337, 1094, 1095, 1096, 1108, 1119, 1164.

[3]) Seufferts Archiv XXX Nr. 33.

behaltlich der Bestimmung des zweiten Absatzes[1]). Der § 676 beruht hiernach auf der Unterstellung, daß der Bürge den Gläubiger nicht solvendi causa, sondern in der Absicht, die Forderung des Gläubigers zu erwerben, befriedigt, so daß diese Forderung trotz der Befriedigung des Gläubigers bestehen bleibt (Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 15 S. 47 ff.).

Aus § 297 folgt, daß mit dem Uebergange der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen zugleich die mit der Forderung zur Zeit dieses Ueberganges verbundenen (wenn auch erst nach Uebernahme der Bürgschaft hinzugetretenen), zur Verstärkung derselben dienenden Nebenrechte, vor Allem Pfandrechte, Rechte gegen Mitbürgen, sowie die mit der Forderung zu jener Zeit verbundenen Vorzugsrechte (letztere selbst wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs noch nicht eröffnet ist) übergehen. In Betreff der mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gelten die Vorschriften des § 337 Abs. 2 und 3; der Uebergang dieser Rechte findet nur insoweit statt, als das Prinzip, wonach die Mitbürgen als Gesammtschuldner (§ 673) haften, und demzufolge die angeführten Bestimmungen des § 337 es gestatten. Gemäß § 337 Abs. 2 Satz 2 und § 676 Abs. 1 Satz 2 kann jedoch der Uebergang der Forderung des Gläubigers auf den befriedigenden Bürgen (z. B. rücksichtlich der Pfandrechte), insbesondere auch in Ansehung der Rechte desselben gegen die Mitbürgen, von dem Bürgen zum Nachtheile der Rechte des Gläubigers nicht geltend gemacht werden[2]). Gemäß § 301 wird ferner der Gläubiger durch die Uebertragung seiner Forderung auf den Bürgen verpflichtet, demselben die zur rechtlichen Verfolgung der Forderung nöthigen Aufschlüsse zu geben, die Beweismittel für die Forderung anzuzeigen, die zum Beweise dienenden Urkunden, besonders die Schuldurkunde, auszuliefern, auch eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Anerkennung der erfolgten Uebertragung zu ertheilen[3]).

Besonderes Rechtsverh. zwischen Schuldner und Bürgen.

Die Wirksamkeit des Ueberganges der Forderung des Hauptschuldners auf den Bürgen findet ihre Schranke in den besonderen Rechtsbeziehungen, welche zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehen können. Hat z. B. der Bürge in der Absicht sich verbürgt und den Gläubiger befriedigt, um dem Hauptschuldner ein Geschenk zu machen, oder ist er dem Hauptschuldner gegenüber aus einem besonderen Rechtsgrunde zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet gewesen, so kann er die Forderung des letzteren gegen den Hauptschuldner nicht geltend machen. Dem Hauptschuldner bleiben vielmehr die Einreden, überhaupt Einwendungen aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse vorbehalten. Andererseits bleiben aber auch dem Bürgen die

---

[1]) Dagegen gemeines Recht: Windscheid § 481 Note 7.

[2]) Goldschmidt in der Zeitschr. für das Handelsr. XIV S. 402 ff.; l. 2 Cod. de fidejuss. 8, 41; code civil Art. 1251, 1252, code de comm. Art. 544, Zachariä § 321 a. E.; bad. L. R. Satz 1252, 2037; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XX Nr. 67 S. 210 ff., d. R. G. in Civils. III Nr. 52, Nr. 96, VIII Nr. 73, X Nr. 87. Vergl. § 337, § 1095, § 1164.

[3]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 339; schweiz. Bd. Ges. Art. 507; hess. Entw. Art. 603 Abs. 3, bayr. Entw. Art 879 Abs. 2; vergl. §§ 1187, 1096.

ihm aus einem solchen besonderen Rechtsverhältnisse (z. B. aus einem Mandatsverhältnisse) zustehenden Ansprüche gegen den Hauptschuldner (§ 676 Abs. 2)

Im geltenden Rechte finden sich noch verschiedene Bestimmungen über einzelne in Ansehung des Regreßanspruches des Bürgen gegen den Hauptschuldner mögliche Fragen. Im röm. Rechte und im sächs. G. B. ist anerkannt, daß der Bürge, welcher aus Auftrag des Hauptschuldners sich verbürgt hat, sich keines Versehens schuldig mache, wenn er den Gläubiger befriedigt, ohne sich vorher durch Anfrage beim Hauptschuldner zu vergewissern, ob der letztere mit der Befriedigung einverstanden sei. Es ist hiernach Sache des Schuldners, dem Bürgen zeitig von seinen Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers Kenntniß zu geben[1]). Das preuß. A. L. R. kennt keine derartige allgemeine Verpflichtung des Hauptschuldners. Nach A. L. R. I, 14 §§ 342 ff.[2]) hat der Bürge, wenn der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt, dem Hauptschuldner unverzüglich Nachricht zu geben und dessen schriftliche Einwilligung in die Bezahlung zu verlangen. Kann er diese Einwilligung nicht erhalten, so muß er es auf den Prozeß ankommen lassen, zu welchem er den Hauptschuldner zu laden hat (Streitverkündung). Zahlt der Bürge ohne Beobachtung dieser Obliegenheit, so behält der Hauptschuldner gegen die Regreßklage des Bürgen alle Einwendungen, welche der Hauptschuldner dem Gläubiger hätte entgegensetzen können. Im Wesen des Bürgschaftsvertrages findet aber weder die eine, noch die andere Normirung eine zureichende Stütze. Der Bürge hat den Auftrag erhalten, sich zu verbürgen und demgemäß den Gläubiger zu befriedigen, wenn die anderweite Befriedigung desselben unterbleibt. Hieraus läßt sich noch nichts für die Entscheidung der Frage abnehmen, ob er den Gläubiger ohne vorherige Rückfrage bei dem Hauptschuldner befriedigen darf. Nur die Umstände des Einzelfalles können in dieser Beziehung ausschlaggebend sein. Es bliebe gewagt, durch eine positive Norm der einen oder anderen Art einzugreifen. Daß der Bürge, welcher mit der actio mandati contraria Ersatz des dem Gläubiger Geleisteten zu fordern in der Lage ist, obwohl er eine nicht bestehende, etwa durch vorgängige Erfüllung des Hauptschuldners schon erloschene Verbindlichkeit (nochmals) entrichtet hat, dem Hauptschuldner auch die condictio indebiti zediren muß (sächs. G. B., dresd. Entw. a. d. a. O.), folgt schon aus § 592. Andererseits ist die in den Gesetzen zum Ausdrucke gebrachte Auffassung, der vom Hauptschuldner zur Uebernahme der Bürgschaft veranlaßte Bürge, welcher nach Befriedigung des Gläubigers den Hauptschuldner hiervon in Kenntniß zu setzen versäume, begehe ein Versehen[3]), für die Regel gewiß zutreffend, obschon Fälle denkbar sind, in denen dies Versehen zu verneinen sein wird und es immer genügen muß, wenn der

Benachrichtigung des Schuldners

a) vor Bezahlung des Gläubigers,

b) von der erfolgten Bezahlung.

---

[1]) L. 29 § 2 D. mandati 17, 1; sächs. G. B. § 1472; dresd. Entw. Art. 941; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 62.

[2]) Vergl. österr. G. B. § 1361; code civil Art. 2031; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 62.

[3]) L. 21 § 3 D. mandati 17, 1; sächs. G. B. § 1473; schweiz. Bd. Ges. Art. 506; hess. Entw. Art. 606, bayr. Entw. Art. 881, dresd. Entw. Art. 942; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 343, 344; code civil Art. 2031.

Bürge nur die zur ungesäumten Benachrichtigung des Hauptschuldners dienlichen Maßregeln zeitig ergriffen hat. Steht das Versehen fest, so kann auch über die Folgen kein Zweifel sein: der Bürge muß dem Hauptschuldner das Interesse leisten. Hat der Hauptschuldner in Unkenntniß von der Befriedigung des Gläubigers den letzteren nochmals befriedigt, so kann er als Schadensersatz Erstattung dessen fordern, was er dem Gläubiger als Nichtschuld entrichtet hat, folglich insoweit auch den Ersatzanspruch des Bürgen ablehnen, während er die gegen den Gläubiger ihm zustehende condictio indebiti dem Bürgen abtreten müßte, weil er sonst auf Kosten des Bürgen sich bereichern und mehr als den vollen Schadensersatz erlangen würde. Es besteht kein Bedürfniß, diese Konsequenzen im Gesetze besonders auszusprechen, zumal ähnliche Fragen sich auch ergeben können, wenn der Bürge als negotiorum gestor des Hauptschuldners gehandelt hat. Auch liegt kein Grund vor, mit jenen Gesetzen den Legalübergang der condictio indebiti des Hauptschuldners auf den Bürgen zu bestimmen.

Versäumung einer Einrede durch den Bürgen.

Selbstverständlich ist endlich, daß der Bürge, welcher, ohne eine ihm bekannte, die Forderung des Gläubigers zerstörende Einrede des Hauptschuldners geltend zu machen, den Gläubiger befriedigt, seinen Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner insoweit verliert, als die Einrede der Forderung entgegengestanden hätte. Mit dem ihm als Rechtsnachfolger des Gläubigers (§ 676 Abs. 1) zustehenden Anspruche könnte er nicht durchdringen, weil er hiermit nur den Anspruch des Gläubigers geltend macht und deshalb die Einreden des Hauptschuldners auch ihm entgegenständen (§ 302), ebensowenig aber mit der actio mandati oder negotiorum gestorum contraria, weil er nicht auftragsgemäß gehandelt bezw. die Geschäfte des Hauptschuldners nicht utiliter geführt hätte[1]).

Rückbürgschaft.

Ist dem Bürgen für dessen Regreßansprüche an den Hauptschuldner Bürgschaft geleistet (Rückbürgschaft), so gelten für diese die allgemeinen Vorschriften, so daß besondere Bestimmungen nicht erforderlich sind. Die geltenden Rechte enthalten theils lediglich Definitionen der Rückbürgschaft, theils selbstverständliche Verweisungen auf die Normen über die Bürgschaft[2]).

§ 677.

Anspruch des Bürgen auf Befreiung oder Sicherheitsleistung:

Durch den zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossenen Bürgschaftsvertrag (§ 668) wird eine obligatorische Beziehung zwischen dem letzteren und dem Hauptschuldner nicht hergestellt; aus dem Bürgschaftsvertrage kann also der Bürge gegen den Hauptschuldner die in § 677 bezeichneten Ansprüche nicht ableiten. Es müssen vielmehr konkrete obligatorische Rechtsbeziehungen zwischen den Beiden vorliegen. Abgesehen von der Beschränkung

---

[1]) Sächs. G. B. § 1471 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 505 Abs. 2; hess. Entw. Art. 607, bayr. Entw. Art. 881, dresd. Entw. Art. 943; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 342 ff.; code civil Art. 2031; österr. G. B. § 1361.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 201, 380—384; österr. G. B. § 1348; sächs. G. B. § 1451; schweiz. Bd. Ges. Art. 498; hess. Entw. Art. 582 Abs. 2, Art. 600 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 895, dresd. Entw. Art. 950; Windscheid § 481 bei Note 6.

auf das Vorhandensein dieser Voraussetzung entsprechen die in § 677 dem Bürgen gegen den Hauptschuldner beigelegten Befugnisse im Wesentlichen dem allerwärts geltenden Rechte[1]).

Solche Rechtsbeziehung zwischen dem Hauptschuldner und Bürgen entsteht aus dem Auftrage zur Verbürgung. Daß ein Bürge, welcher aus Auftrag des Hauptschuldners sich verbürgt hat, von diesem nicht ohne Weiteres, etwa unter Berufung auf die Vorschrift des § 595 Abs. 3, Befreiung oder Sicherstellung (§§ 199 ff.) wegen der aus der Erfüllung der Bürgschaftserfüllung sich ergebenden Ersatzpflicht fordern kann, ergiebt sich aus der regelmäßigen Intention der Parteien; dem Bürgen kann vielmehr, für die Regel dem Zwecke des Auftrages entsprechend, nur beim Zulassen besonderer Umstände, nämlich der in § 677 aufgeführten, das Recht auf Befreiung oder Sicherstellung zugestanden werden[2]). In Ansehung der einzelnen Gründe, bei deren Zutreffen der Bürge die in § 677 bezeichneten Ansprüche geltend machen kann, ist nur zu Nr. 2 des § 677 zu betonen, daß der nachträgliche Eintritt einer erheblichen Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner zufolge einer Aenderung der daselbst bezeichneten Art den Bürgen kaum minder gefährdet, als eine Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners (Nr. 1). a) bei Verbürgung aus Auftrag;

Dem Bürgen, welcher zufolge Auftrages die Bürgschaft übernahm, ist in Ansehung der in § 677 beigelegten Befugnisse gleichzustellen derjenige Bürge, welcher als Geschäftsführer des Hauptschuldners in Ansehung der Bürgschaft gegen diesen die Rechte eines Beauftragten nach Maßgabe der §§ 753, 755, 758 erlangt hat. Ein Bürge, welcher als negotiorum gestor des Hauptschuldners die Bürgschaft geleistet hat, kann, wenn er gesetzlicher Bestimmung gemäß zufolge der Art seiner Geschäftsführung bezw. des geführten Geschäftes oder zufolge der Genehmigung des Geschäftsherrn, gegen diesen die Rechte eines Beauftragten erlangt hat, in der fraglichen Beziehung nicht ungünstiger gestellt werden, wie der beauftragte Bürge. Es ist mindestens räthlich, dies auszusprechen, da beim Schweigen des Gesetzes aus § 677 ein argumentum e contrario entnommen werden könnte. b) bei Geschäftsführung ohne Auftrag;

Die in § 677 bezeichneten Befugnisse stehen beim Zutreffen der Voraussetzungen auch dem Bürgen zu, welcher auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (Entsch. d. R. G. in Civils. VIII 66 S. 362 ff.).

Durch die Bestimmung des § 677 wird der Beurtheilung des Falles nicht vorgegriffen, wenn das Recht auf Sicherstellung oder Befreiung in weiterem Umfange bezw. für weitere Fälle zwischen dem Hauptschuldner und Bürgen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist. Es erscheint entbehrlich, dies im Gesetze auszusprechen[3]). Der Inhalt der Vereinbarung entscheidet c) bei besonderer Vereinbarung;

---

[1]) Windscheid § 480 Nr. 3 Note 3; Seufferts Archiv XXXI Nr. 133 (R. O. H. G.); preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 356—358 (369); code civil Art. 2032 (Zachariä § 426 A. 10a, 11); österr. G. B. §§ 1364, 1365; sächs. G. B. § 1470; schweiz. Bd. Ges. Art. 511; hess. Entw. Art. 614, bayr. Entw. Art. 884, dresd. Entw. Art. 944. Wegen Sicherheitsleistung s. §§ 199 ff.

[2]) Seufferts Archiv XXXI Nr. 133.

[3]) Vergl. code civil Art. 2032 Satz 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 511 Nr. 1.

diesfalls über den Umfang der Befugnisse des Schuldners bezw. die Voraussetzungen dieser Befugnisse. Solche Vereinbarungen sind auch außerhalb des Falles des Mandates oder einer negotiorum gestio denkbar.

d) bei Konkurs des Hauptschuldners. Die Frage, inwiefern der Bürge seine Rechte gegen den Hauptschuldner im Konkurse des letzteren geltend machen kann, gehört dem materiellen Konkursrechte an und fällt in den Bereich der Konkursordnung (Mot. zur Konk. O. S. 282 ff.).

§ 678.

Beerbung des Bürgen durch den Hauptschuldner ꝛc. Wenn der Bürge von dem Hauptschuldner oder dieser von jenem beerbt wird, so liegt ein Fall der Konfusion (§ 291) nicht vor. Daraus läßt sich folgern, beide Verbindlichkeiten, sowohl die Hauptverbindlichkeit als die Bürgschaftsverpflichtung müßten fortbestehen[1]), so daß die Bestimmung des Entwurfes entbehrlich wäre. Dagegen kommt jedoch in Betracht, daß der nach der Natur der Sache anscheinend nicht anfechtbare Satz, Niemand könne sein eigener Bürge sein, den Untergang der Bürgschaftsverpflichtung rechtfertigen würde. Es ist also zum mindesten räthlich, die auch in das sächs. G. B. aus dem röm. Rechte übernommene Bestimmung des § 678[2]) aufzunehmen. Ihre Angemessenheit unterliegt keinem Bedenken; für den Gläubiger ist sie von der größten Bedeutung, namentlich in den Fällen, wenn für die Bürgschaftsverpflichtung besondere Sicherheiten bestehen. Für das röm. Recht ist streitig, ob im Falle des § 678 die Nachbürgschaft bestehen bleibt[3]). Durch den Entwurf ist für die Fortdauer der Nachbürgschaft entschieden (ebenso code civil Art. 2035).

§ 679.

Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Der Entwurf entscheidet in § 679 die im gemeinen Rechte nicht unbestrittene, in den modernen Gesetzen verschieden beantwortete Frage[4]), inwieweit dem Gläubiger gegenüber dem Bürger eine Diligenzpflicht (culpa in exigendo) obliege, im Allgemeinen verneinend. Der Gläubiger erlangt durch die Bürgschaft an sich nur Rechte, ohne Verpflichtungen zu übernehmen; es kann schon hiernach von einer wirklichen Diligenzpflicht keine Rede sein. Gemäß dem Wesen und dem juristischen Begriffe der Bürgschaft läßt sich auch nicht

---

[1]) So das preuß. A. L. R. I, 16 § 495 und das österr. G. B. § 1445 Satz 2.

[2]) Sächs. G. B. § 1465; dresd. Entw. Art. 945; Windscheid § 480 Nr. 2.

[3]) Wegen l. 38 § 5 D. de solut. 46, 3; Windscheid § 480 Note 2.

[4]) S. Windscheid § 478 Note 10; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. V Nr. 79, VIII Nr. 33, XX Nr. 15 S. 47, IX Nr. 55 S. 189, XVIII Nr. 83, Seufferts Archiv XXXII Nr. 322; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 328, 331, 332, 333; österr. G. B. § 1360; code civil Art. 2037; bad. L. R. Satz 2037 (Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 96 S. 348); sächs. G. B. § 1466 (vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. V Nr. 88, XIV Nr. 12); schweiz. Bd. Ges. Art. 508; hess. Entw. Art. 611, bayr. Entw. Art. 892, dresd. Entw. Art. 948.

behaupten, daß die Rechte des Gläubigers von einem gewissen Verhalten desselben abhängen und ihm mindestens zur Bewahrung seiner Rechte eine bestimmte Diligenzpflicht von größerem oder geringerem Umfange obliege. Die Diligenzpflicht des Gläubigers wird auch ohne Grund aus den beiden Rechtswohlthaten des Bürgen, der Vorausklage und des Eintrittes in die Rechte des befriedigten Gläubigers, hergeleitet. Der Rechtsbehelf der Vorausklage nöthigt den Gläubiger nur, zunächst den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen, und die Rechtsverfolgung gegen diesen fortzusetzen, bis dessen Leistungsunvermögen sich ergiebt; steht aber die Leistungsunfähigkeit des Schuldners fest, so ist der Rechtsbehelf erledigt, gleichviel ob der Gläubiger von dem Schuldner seine Befriedigung erlangt haben würde, wenn er zu dem Zwecke die Umsicht und Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet hätte. Aus dem anderen Rechte des Bürgen folgt an sich nur, daß er diejenigen Rechte des Gläubigers erlangt, welche und wie sie zur Zeit der Befriedigung desselben bestanden. Endlich läßt sich auch aus dem in § 359 anerkannten Prinzipe über die bei Erfüllung der Verträge zu nehmende Rücksicht auf Treue und Glauben keine so weit gehende Diligenzpflicht des Bürgen in Beitreibung der Schuld von dem Hauptschuldner ableiten, wie solche vielfach in der Doktrin und zum Theil in der Gesetzgebung (bes. dresd. Entw. Art. 948) aufgestellt ist. Zu beachten ist hierbei, daß der Werth der Bürgschaft durch die Imputirung solcher Diligenzpflicht beträchtlich herabgedrückt und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen würden. Eine bestimmte Abgrenzung der allgemeinen Diligenzpflicht wäre doch nicht angänglich, weil stets solche praktische Bedenken damit verknüpft blieben. Der Entwurf verneint daher die Diligenzpflicht in Uebereinstimmung mit dem älteren röm. Rechte und mit mehreren neueren Kodifikationen[1]) gänzlich bis auf die in § 679 enthaltene Bestimmung, daß, wenn der Gläubiger ein mit der Hauptforderung verbundenes, zu deren Sicherheit dienendes Nebenrecht aufgegeben hat, der Bürge von seiner Verbindlichkeit befreit wird, insoweit als er, wenn das Nebenrecht im Falle der Befriedigung des Gläubigers in Gemäßheit des § 676 auf ihn übergegangen sein würde, daraus Ersatz hätte erlangen können. Hierbei sind unter den zur Sicherheit dienenden Nebenrechten auch Vorzugsrechte verstanden (§§ 297, 676). Diese Bestimmung kann selbst in der Ausdehnung auf die erst nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages erworbenen Nebenrechte (Abs. 2) auf keine praktischen Schwierigkeiten stoßen; sie findet auch ihre hinreichende Rechtfertigung in dem Prinzipe des § 359 verb. mit § 676. Der Bürge kann daneben im Falle der Passivität des auf die Bürgschaft sich verlassenden Gläubigers gegen den in eine bedenkliche Lage gerathenen Hauptschuldner, auch wenn er nicht ex mandato des Hauptschuldners oder als dessen Geschäftsführer sich verbürgte (§ 677), sich dadurch helfen, daß er den Gläubiger befriedigt und damit dessen Rechte gegen den Hauptschuldner erwirbt (§ 676, §§ 254 ff., 272 ff.). Die Rechte des Bürgen aus einer vertragsmäßigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Zusicherung des Gläubigers in Ansehung der Rechtsverfolgung

Aufgeben einer Sicherheit durch den Gläubiger.

---

[1]) Vergl. Windscheid a. a. O.; österr. G. B. § 1360; zür. G. B. § 1802; schweiz. Bd. Ges. Art. 508; hess. Entw. Art. 611, bayr. Entw. Art. 802.

gegen den Hauptschuldner werden durch § 679 selbstverständlich nicht berührt; und es kommt auf die konkreten Umstände an, ob denselben eine solche stillschweigende Zusicherung zu entnehmen ist. Dieser Gesichtspunkt kann insbesondere bei der Kreditbürgschaft praktisch werden. Andererseits stehen die Rechtsfolgen eines dolosen Verhaltens des Gläubigers unter den allgemeinen Grundsätzen.

Gewährung einer Nachfrist an den Hauptschuldner.

Die gemeinrechtliche Praxis verneint die Frage, daß in der bloßen Gewährung einer Nachfrist an den Hauptschuldner eine culpa in exigendo des Gläubigers liege; es wird das Vorhandensein besonderer Umstände verlangt, welche nach Lage des konkreten Falles die während der Nachfrist eingetretene Insolvenz des Schuldners voraussehen ließen, wenn auch dem Gläubiger diesfalls nicht eine Nachforschungspflicht imputirt wird. Dies ist auch der Standpunkt des modernen Rechtes[1]). Doch wird vielfach dem Bürgen auch, zumal bei zeitlicher Unbeschränktheit der Bürgschaft, nach Eintritt der Fälligkeit oder des Verzuges des Schuldners oder im Falle der Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse ein Recht zur Provokation des Gläubigers auf Belangung des Hauptschuldners binnen bestimmter Frist zugesprochen mit der Maßgabe, daß der Bürge frei werde, falls Gläubiger der Aufforderung nicht nachkomme[2]). Dieses Mittel müßte schon in den zahlreichen Fällen versagen, in welchen dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zusteht. Auch abgesehen hiervon stände es aber im Widerspruche mit der prinzipiellen Verneinung der Diligenzpflicht des Gläubigers. Ist der Gläubiger an sich zu einer Diligenz nicht verpflichtet, so kann ihm auch nicht angesonnen werden, unter den bezeichneten Voraussetzungen den Hauptschuldner, zutreffendenfalls nach vorgängiger Kündigung, anzugreifen oder den Bürgen frei zu geben. Mit der Verneinung der Diligenzpflicht vertrüge es sich augenscheinlich noch weniger, wenn die Passivität des von dem Bürgen erfolglos gedrängten Gläubigers ohne Weiteres den Verlust aller Rechte aus der Bürgschaft nach sich ziehen sollte. Der Bürge ist aber, wie bemerkt, nicht schutzlos. Er vermag sich, wenn er die Bürgschaft als Beauftragter oder Geschäftsführer des Hauptschuldners übernommen hat, nach der Vorschrift des § 677, anderenfalls durch Befriedigung des Gläubigers gemäß § 676 zu helfen, unbeschadet der aus ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung zwischen Gläubiger und Bürgen sich ergebenden besonderen Rechte des letzteren. — Die dem württemb. L. R. (II, 5 § 9) entnommene Bestimmung des dresd. Entw. (Art. 947), daß der Bürge im Falle der (zeitlich unbeschränkten) Verbürgung für eine Verbindlichkeit, für deren Erfüllung eine bestimmte Zeit festgesetzt ist, dann, wenn der Gläubiger dem Schuldner ohne Zustimmung des Bürgen eine bestimmte Borgfrist ertheilt habe, nicht für die nach dem Eintritte der ursprünglichen Er-

---

[1]) Windscheid § 478 Note 10 und die dortigen Zitate; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. V Nr. 79, 88; sächs. G. B. § 1466; code civil Art. 2039; österr. G. B. § 1364; hess. Entw. Art. 613 Abs. 1.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 316, 317 (Eccius II § 144 S. 386, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. V Nr. 79), §§ 318, 319; schweiz. Bd. Ges. Art. 503; sächs. G. B. § 1468.

füllungszeit erwachsenden vertragsmäßigen Zinsen hafte, ist von geringer praktischer Bedeutung und harmonirt gleichfalls nicht mit dem Standpunkte des Entwurfes in Ansehung der Diligenzpflicht des Gläubigers. Besteht keine solche Diligenzpflicht, so kann aus diesem Grunde endlich auch für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen oder den Nachlaß des Hauptschuldners die Inanspruchnahme des Bürgen nicht von einem gewissen Verhalten des Gläubigers dem Bürgen gegenüber, insbesondere von einer Benachrichtigung desselben seitens des Gläubigers, abhängig gemacht werden. Spezialvorschriften für diesen Fall[1]) sind auch sonst durch keinen besonderen Grund erfordert. Konkurs des Hauptschuldners.

Auch mit der Frage des Erlöschens der Bürgschaft im Falle der zeitlichen Beschränkung der Bürgschaft beschäftigen sich die Gesetze vielfach durch Aufstellung mehr oder weniger positiver Bestimmungen oder Auslegungsregeln. Gemeinsam, bei großer Verschiedenheit im Einzelnen und mit mannigfachen Modifikationen ist der Gedanke, der Gläubiger müsse innerhalb der Bürgschaftszeit oder nicht zu spät nach Ablauf derselben den Hauptschuldner belangen, widrigenfalls die Bürgschaft erlösche[2]). Wie eine solche Beschränkung zu verstehen sei, läßt sich unter Umständen allerdings nur schwer bestimmen. Bezweckt die Bürgschaft, dem Hauptschuldner für eine künftige Hauptforderung Kredit zu verschaffen, bezieht sie sich namentlich auf künftige Ansprüche, welche aus einem dauernden Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner entspringen werden (Kreditbürgschaft), so ist meist die Bedeutung der Beschränkung unschwer zu ermitteln. Es liegt die Auslegung nahe, der Bürge wolle nur für diejenige Forderung oder diejenigen Ansprüche die Bürgschaft übernehmen, welche innerhalb der festgesetzten Bürgschaftszeit zur Entstehung gelangen[3]). In den anderen Fällen (z. B. Uebernahme der Bürgschaft für eine schon bestehende Schuld auf eine gewisse Zeit) unterliegt dagegen die Deutung einer der Bürgschaft beigefügten Zeitbeschränkung in Ermangelung eines für die Auslegung maßgebenden Anhaltspunktes häufig den erheblichsten Zweifeln. Bei derartigen, in der Praxis nicht gerade seltenen Bürgschaftsverträgen sind sich die Parteien über die Bedeutung der Beschränkung häufig vielleicht selbst nicht klar. Eine Auslegungsregel oder eine dispositive Rechtsnorm könnte hiernach nur angemessen erscheinen. Allein es wäre äußerst schwer, die angemessene Rechtsnorm Zeitlich beschränkte Bürgschaft.

---

[1]) Besondere Vorschriften enthalten diesfalls das schweiz. Bd. Ges. Art. 510, der hess. Entw. Art. 612, bayr. Entw. Art. 893, dresd. Entw. Art. 949. Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 304, 305, Eccius II § 144 A. 69.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 320—327; vergl. § 336, 337, Dernburg II § 243 Nr. 2 b, c, Entsch. d. R. G. in Civils. VIII Nr. 66 S. 264 ff.; sächs. G. B. § 1467; schweiz. Bd. Ges. Art. 402; hess. Entw. Art. 613 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 889, 890, dresd. Entw. Art. 946; das österr. G. B. § 1363 beschränkt sich auf den Ausspruch, daß, wenn sich der Bürge nur auf eine gewisse Zeit verpflichtet habe, er nur für diesen Zeitraum hafte (vergl. Hasenöhrl II § 80 Note 93). Im röm. Rechte finden sich keine besonderen Aussprüche; vergl. jedoch Seufferts Archiv III Nr. 170, XXXII Nr. 41 (Haftung nur für eine innerhalb der Bürgschaftszeit eintretende Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners).

[3]) Entsch. d. R. O. H. G. IX Nr. 55.

zu finden. Schon die Präzisirung des Falles, für welchen die Vorschrift gelten sollte, würde auf Schwierigkeiten stoßen. Mit jeder Fassung wären, wie die verschieden lautenden Bestimmungen in der Gesetzgebung zeigen, Zweifel und Unklarheiten in der Richtung, welche Fälle darunter begriffen, welche ausgeschlossen sein sollen, verbunden. Noch größere Schwierigkeiten zeigen sich aber hinsichtlich der aufzustellenden Rechtsnorm. Jede Regel hätte etwas Willkürliches und würde vielleicht nur selten dem wirklichen Willen der oft rechtsunkundigen Parteien entsprechen. Man müßte bei der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Verhältnisse zudem darauf verzichten, eine einfache, leicht zu handhabende Rechtsnorm zu geben, wie gleichfalls ein Blick auf die bestehenden Gesetze zeigt. Eine verwickelte Norm wäre aber nur eine Quelle von Streitigkeiten. Das Bedenkliche des Versuches, eine dem Gebiete der Vertragsauslegung angehörende Frage von doch nicht sehr erheblicher Bedeutung durch eine gesetzliche Bestimmung zu lösen, liegt hiernach auf der Hand. Der Entwurf enthält sich daher jeder Bestimmung in der bezeichneten Richtung.

Kündigung der Bürgschaft durch den Bürgen.

Die in der Gesetzgebung und auch in der gemeinrechtlichen Praxis mannigfach behandelte Frage, inwiefern der Bürge dem Gläubiger eine Bürgschaft kündigen dürfe, welche für künftige, insbesondere aus einem dauernden Verhältnisse, z. B. aus einem Geschäftsverkehre oder einem Amtsverhältnisse entstehenden Ansprüche eingegangen worden, läßt eine allgemeine Beantwortung nicht zu. Sie kann nur nach dem konkreten Inhalte des Bürgschaftsvertrages entschieden werden. Nur aus dem im einzelnen Falle zu ermittelnden Parteiwillen läßt sich insbesondere auch bei der Kreditbürgschaft entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Kreditbürge sich durch Kündigung von der Bürgschaft für die Zukunft zu befreien vermag[1]).

§ 680.

H. Kreditauftrag.

Es kann in Zweifel gezogen werden, ob es überhaupt besonderer Bestimmungen über den Kreditauftrag (mandatum qualificatum) bedarf. Für die Entbehrlichkeit könnte man geltend machen: der Auftrag, zu kreditiren, könne möglicherweise ein wahrer Auftrag im juristischen Sinne (§§ 585 ff.) sein, so daß auf das eintretende Rechtsverhältniß ausschließlich die Rechtsnormen über das Auftragsverhältniß Anwendung zu finden hätten. Regelmäßig werde jedoch der Kreditauftrag sich dieser Beurtheilung entziehen, aus den Umständen des Falles vielmehr erhellen, daß der Auftraggeber in der äußeren Form des Auftrages nur die Garantie für den aus diesem entstehenden Schaden zu

---

[1]) Vergl. Seufferts Archiv V Nr. 170, XXXII Nr. 321, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XIX Nr. 36; vergl. hess. Entw. Art. 615; der bayr. Entw. Art. 891 beschränkt für solche Fälle die Bürgschaft (positiv) auf die Dauer von zehn Jahren. Das preuß. A. L. R. §§ 359, 360, 362, 369 gewährt dem Bürgen für derartige Fälle ein gewisses Kündigungsrecht (nicht gegen den Gläubiger, sondern) gegen den Hauptschuldner; s. württemb. L. R. II, 5 § 7.

übernehmen versprochen habe. Wie der Vertrag zu verstehen und wie er namentlich, wenn für den letzteren Sinn desselben zu entscheiden, hinsichtlich der Einzelnheiten auszudeuten sei, bestimme sich stets nach den Umständen des konkreten Falles. Indessen liegen doch schwerwiegende Gründe vor, den Kreditauftrag im Gesetzbuche nicht zu übergehen. Er spielt im Verkehre, zumal im Handelsverkehre, eine große Rolle. Beim Schweigen des Gesetzes wäre eine schädliche Rechtsunsicherheit unausbleiblich. In den zahlreichen Fällen des einfachen Kreditauftrages würde der durch das bisherige Recht genährte Zweifel sich erheben, ob nur eine, einzig und allein nach den Regeln der Bürgschaft zu beurtheilende Kreditbürgschaft oder umgekehrt nur ein ausschließlich unter das Mandat fallendes Auftragsverhältniß oder ein aus Bürgschaft und Mandat gemischtes Mandatsverhältniß anzunehmen, bezw. wie bei Annahme des gemischten Verhältnisses die einen oder anderen Regeln den Vorzug behaupteten. Es haben deshalb auch die neueren Kodifikationen über den Kreditauftrag besondere dispositive Rechtsnormen getroffen[1]). Der Entwurf folgt denselben hierin.

Von selbst verbietet sich die Vorschrift, der Kreditauftrag gelte als gewöhnlicher Auftrag. Eine solche Bestimmung würde in ihrer vollen Konsequenz mit dem Begriffe des Auftrages, welcher in Beziehung auf den Mandatar ein negotium alienum erheischt, sich kaum vertragen, jedenfalls zu Folgen führen, an welche im praktischen Leben bei Ertheilung eines Kreditauftrages nicht gedacht wird. Die neuere Gesetzgebung befolgt vorwiegend[2]) das erwähnte gemischte System, ohne daß hierdurch das Verhältniß erschöpfend und zweifelfrei geregelt würde. Diese Regelung, auf welche augenscheinlich die aus wesentlich rechtshistorischen Gründen sich erklärenden Vorschriften des röm. Rechtes[3]) eingewirkt haben, verdient gleichfalls keine Billigung. Sie schafft ein verwickeltes Rechtsverhältniß, welches manchen Streitfragen Raum läßt. Die Dispositivvorschrift des Entwurfes, daß im Falle des angenommenen Kreditauftrages das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältniß nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach denjenigen über die Bürgschaft zu beurtheilen sei, steht dagegen nicht nur mit dem regelmäßigen Parteiwillen in vollem Einklange, sondern empfiehlt sich auch durch ihre Einfachheit. Im praktischen Leben will, wie die Erfahrung lehrt, derjenige, welcher auf die Ertheilung eines Kreditauftrages sich beschränkt, in der Regel nur die Bürgschaft für die Kreditbewilligung übernehmen. Der Auftrag ist nur die äußere Form, in welcher die Bürgschaftsleistung sich vollzieht. Durch diese bedeutungslose, zum Theil aus Einwirkungen des röm. Rechtes sich erklärende Form hört das intendirte Garantieversprechen nicht auf, eine Kreditbürgschaft zu sein, gleich

Anwendung der Vorschriften über die Bürgschaft.

[1]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 213 (dagegen § 215), Eccius II § 144 Nr VIII S. 394, Dernburg II § 248; sächs. G. B. §§ 1476—1479; schweiz. Bd. Ges. Art. 418—421; hess. Entw. Art. 616—621, bayr. Entw. Art. 896—901, dresd. Entw. Art. 951—953; s. Windscheid § 412 Nr. 2, Entsch. d. vorm. R. O. H. G. III Nr. 4.

[2]) S. bes. das sächs. B. G., schweiz. Bd. Ges. und die neueren Entwürfe a. d. a. O. Dagegen preuß. A. L. R. a. a. O.

[3]) S. Windscheid § 412 bei und in Note 18.

derjenigen, welche nicht in der Form des Auftrages übernommen wird. Man kann gegen die Regelung des Entwurfes nicht einwenden, dieselbe entziehe dem Garanten den Anspruch (die actio mandati directa) auf Bewilligung des Kredites. Denn keineswegs verpflichtet sich derjenige, welchem die Garantie für die Kreditbewilligung geleistet wird, dem Garanten gegenüber immer zur Kreditbewilligung. Hat er aber eine solche Verpflichtung übernommen, so liegt neben dem Bürgschaftsvertrage noch ein besonderer Vertrag vor, welcher seine eigenen Wege geht. Es kann gegen die Vorschrift des Entwurfes mit Fug auch nicht eingewendet werden, daß hiernach auf der einen Seite derjenige, welcher den Kredit zu bewilligen habe, von jeder Diligenzpflicht befreit und anderentheils der Garant nicht durch Kündigung u. s. w. nach den für das Erlöschen des Mandates geltenden Grundsätzen von der Garantie für die Zukunft entlastet werde. In beiden Beziehungen steht die in der Form des Mandates sich vollziehende Kreditbürgschaft jeder anderen Kreditbürgschaft gleich, so daß nur in Frage kommen könnte, ob nicht in der einen oder anderen Beziehung oder in beiden Beziehungen besondere Vorschriften für die Kreditbürgschaft im Allgemeinen am Platze wären. Solche sind jedoch nicht angängig, weil nur nach den Umständen des konkreten Falles und dem daraus zu folgernden Parteiwillen sich entscheiden läßt, inwiefern die Kreditbürgschaft in den genannten Beziehungen unter besonderen Regeln steht.

Formfreiheit. Zur Anordnung einer besonderen Formvorschrift, wie sich solche im geltenden Rechte findet[1]), ist hier so wenig, als für die Bürgschaft überhaupt, Anlaß.

Achtzehnter Titel.

Verpfändungsvertrag.

§ 681.

Begriff; Gegenstand. In den §§ 681, 682 befaßt sich der Entwurf mit den aus dem obligatorischen Pfandbestellungsvertrage („Verpfändungsvertrag") entspringenden Verpflichtungen dessen, welcher durch solchen Vertrag einem Anderen, seinem Gläubiger oder dem Gläubiger eines Dritten, zur Sicherung der Forderung des Gläubigers die Bestellung eines Pfandrechtes versprochen hat (pactum de oppignerando). Das in Folge der Verpfändung eintretende Schuldverhältniß (actio pigneraticia directa, contraria) ist im dritten Buche geordnet. Wird der obligatorische Vertrag durch Bestellung des Pfandrechtes erfüllt, so ist durch die Erfüllung (den dinglichen Vertrag) ein dingliches Recht zur Entstehung gelangt, dessen Regelung ohnedies im Sachenrechte erfolgt. Diese Regelung

---

[1]) Schriftform: preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 213, 214 (bei Kredit über 150 M.); schweiz. Bd. Ges. Art. 418 und bayr. Entw. Art. 897 (allgemein).

umfaßt auch diejenigen Rechte und Pflichten der Vertragschließenden, welche nach Abschluß des dinglichen Vertrages in den Vordergrund treten, indem von nun an die Vertragschließenden sich als Pfandrechtsgläubiger und Pfandrechtsschuldner gegenüberstehen. Die Einreihung der entsprechenden Vorschriften in das Obligationenrecht hätte eine sachwidrige Zerreißung der eine und dieselbe Materie betreffenden Rechtsnormen zur Folge, um so mehr, als das Pfandrecht noch auf anderen Gründen, als einem obligatorischen Bestellungsvertrage (letztwillige Verfügung, Gesetz, Zwangsvollstreckung) beruhen kann, so daß die Vorschriften über die fraglichen Rechte und Pflichten, wenn sie hier für das auf Verpfändungsverträgen beruhende Pfandrecht gegeben würden, doch im Sachenrechte für jene auf anderem Grunde beruhenden Pfandrechte wiederholt werden müßten. Im Uebrigen ist in Ansehung der mit Bestellung des Pfandrechtes entstehenden Rechte und Pflichten auf die Begründung der einschlägigen Vorschriften des dritten Buches zu verweisen[1]).

Haftung für Verschaffung des Pfandrechtes.

Daß durch den Verpfändungsvertrag der Schuldner, d. h. derjenige, welcher die Bestellung eines Pfandrechtes einem Anderen zur Sicherstellung einer Forderung des letzteren versprochen hat, diesem Gläubiger zur Bestellung des Pfandrechtes, also zur Erfüllung aller zum Abschlusse des dinglichen Vertrages nach den Vorschriften des dritten Buches gehörenden Voraussetzungen verpflichtet ist, ist selbstverständlich[2]). Dagegen erscheint es sachgemäß, darauf hinzuweisen, daß der obligatorische Verpfändungsvertrag, wenn das Pfandrecht an einer Sache versprochen wird, den obligatorischen Veräußerungsverträgen im Sinne des § 370 Abs. 2 gleichsteht, und dementsprechend auch für den Fall, wenn das Pfandrecht an einer Forderung (oder an einem anderen abtretungsfähigen Rechte, § 312) zugesichert wird, die Anwendbarkeit des § 298 zu bestimmen. Es folgt hieraus nach der Fassung des Entwurfes (§ 681) insbesondere die Anwendbarkeit der Vorschriften in §§ 371—380, bezw. für den letzteren Fall die Anwendbarkeit der in § 298 bezeichneten Vorschriften, während die Anwendung des § 443 schon gemäß der Vorschrift des § 439 ausgeschlossen ist.

Versprechen eines Pfandrechtes in genere.

Die Vorschrift des § 681 ist nicht auf den Fall beschränkt, wenn das Pfandrecht an einem bestimmten Gegenstande zugesichert ist. Wird in concreto ein Pfandrecht im Allgemeinen (in genere) zugesichert, so ist die Frage, von welcher Beschaffenheit das zu bestellende Pfandrecht in Rücksicht auf seinen ökonomischen Werth sein muß, wohl zu unterscheiden von der Frage, wie sich die Haftung des Verpflichteten in Ansehung des konkreten Pfandrechtes gestaltet, welches er zur Erfüllung seiner Verpflichtung ausgewählt und dessen ökonomische Zulänglichkeit der Berechtigte durch vorbehaltlose Annahme vielleicht anerkannt

---

[1]) S. bes. §§ 1156, 1158, 1159, 1154.

[2]) Sächs. G. B. §§ 1441 ff.; dresd. Entw. Art. 954; das preuß. A. L. R. (vergl. I, 20 § 2; Eccius III § 193 S. 461 f.), der code civil, das schweiz. Bd. Ges., der hess. und der bayr. Entw. haben keine besonderen Bestimmungen über den Verpfändungsvertrag. Das österr. G. B. § 1368 unterscheidet den Pfandvertrag (dinglichen Vertrag) von dem obligatorischen Vertrage, ein Pfand übergeben zu wollen, ohne jedoch über letzteren eine Bestimmung zu treffen.

haben mag. Die Fassung des § 681 ergiebt zur Genüge, daß er sich mit der Entscheidung der Frage nach dem ökonomischen Werthe des Pfandes nicht befaßt.

Formfreiheit: Der obligatorische Verpfändungsvertrag enthält ebenso wie der Bürgschaftsvertrag kein ohne Angabe des Schuldgrundes abgegebenes Versprechen im Sinne des § 683, unterliegt deshalb auch der für den abstrakten Vertrag vorgeschriebenen Form nicht.

§ 682.

Folgen der Nichterfüllung. Nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt sich, wann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange derjenige, welcher sich zur Bestellung des Pfandrechtes verpflichtet hat, wegen Nichterfüllung seiner aus dem (obligatorischen) Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen zum Schadensersatze verpflichtet ist[1]). Nach den allgemeinen Grundsätzen könnte jedoch bezweifelt werden, ob der Berechtigte in den Fällen, in welchen er Schadensersatz zu fordern berechtigt ist, als solchen auch die Bestellung einer anderweiten Sicherheit verlangen darf. Verlangen anderweiter Sicherheit als Schadensersatz. Dies bejaht der Entwurf, indem er zugleich in Ansehung der Art und des Werthes der zu leistenden anderweiten Sicherheit auf die Vorschriften der §§ 199—204 verweist, und dem Berechtigten den Anspruch auf Ersatz eines erweislich außerdem erlittenen Schadens vorbehält. Ein solcher außerdem zu ersetzender Schaden ist wohl denkbar, z. B. wenn der Berechtigte über die Hauptforderung unter Zusicherung des Pfandrechtes verfügt hat oder dieselbe zu besonderen Zwecken verwenden wollte. Der Schadensersatz (das Interesse des Berechtigten) kann, wenn anderweite Sicherheit nicht zu bestellen ist, unter Umständen auch darin bestehen, daß die Hauptverbindlichkeit sofort erfüllt werden muß. Die Bestimmung des sächs. G. B. (§ 1446) und des dresd. Entw. (Art. 958), daß der Verpflichtete die Wahl haben solle, ob er sofort die Hauptverbindlichkeit erfüllen oder ein anderes Pfandrecht bestellen wolle, kann dagegen eine erhebliche Benachtheiligung des Gläubigers, namentlich, wenn ein verzinsliches Kapital in Frage steht, zur Folge haben. Umgekehrt kann nicht dem Berechtigten das Recht beigelegt werden, immer nach seiner Wahl die sofortige Erfüllung oder anderweite Sicherstellung zu verlangen; eine solche Vorschrift[2]) könnte dem Verpflichteten zum Nachtheile gereichen, besonders dann, wenn die Hauptverbindlichkeit erst nach geraumer Zeit ohne Verpflichtung zur Zinsenzahlung zu erfüllen wäre und dem Interesse des Betheiligten durch anderweite Sicherheitsbestellung Genüge geschehen würde.

Haftung für Mängel des Pfandes. Eine Haftung des Verpflichteten aus dem Verpfändungsvertrage für verborgene Mängel der zum Pfande bestellten Sache nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 381 ff. findet nicht statt. Diese Vorschriften beziehen sich nur auf die Sachveräußerung, nicht auch auf die Veräußerung des Rechtes an einer

---

[1]) Der dresd. Entw. beschränkt seine Bestimmung (Art. 958) auf die Fälle der Veräußerung des Pfandgegenstandes durch den Verpflichteten und der Entwehrung; vergl. österr. G. B. § 458; sächs. G. B. § 1446; bayr. Entw. Art. 431; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXI Nr. 141.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 20 § 260; bayr. Entw. Art. 431.

Sache. Es versteht sich übrigens von selbst, daß der Pfandbesteller nach den allgemeinen, für die Erfüllung der Verträge geltenden Grundsätzen für dicta et promissa, sowie wegen arglistig verschwiegener heimlicher Mängel haftet, indem er unter den geeigneten Voraussetzungen das Interesse zu leisten hat. Hierbei kann die Vorschrift des § 682, insoweit darin die Leistung des Interesses durch Bestellung einer anderweiten Sicherheit vorgesehen ist, von Belang werden. Es erübrigt hiernach nur der Fall, wenn ein verborgener Mangel vorhanden ist, ohne daß den Verpflichteten der Vorwurf arglistigen Verschweigens trifft und ohne daß das Vorhandensein des Mangels das Fehlen einer stillschweigend zugesicherten Eigenschaft ergiebt. Dagegen, daß der Berechtigte diesfalls keinen besonderen Anspruch hat, läßt sich nichts Wesentliches erinnern[1]).

Neunzehnter Titel.

Schuldversprechen.

§ 683.

Der Entwurf normirt in den §§ 683, 684 das Schuldversprechen und als diesem gleichstehend das Anerkenntniß einer Schuldverbindlichkeit. Getreu dem Grundsatze, daß das einseitige Versprechen regelmäßig ohne Wirkung ist (§ 342), wird auch hier ein Vertrag vorausgesetzt. Gleichgültig aber ist es, ob das Schuldverhältniß, in Beziehung auf welches der Vertrag abgeschlossen wird, sich in Bestimmungen des Obligationenrechtes oder anderer Theile des Gesetzbuches gründet. Nicht hierher gehört der in § 290 geregelte Vertrag, durch welchen anerkannt wird, daß ein Schuldverhältniß nicht besteht. Auch über den Vertrag, durch welchen der eine Theil dem anderen Theile gegenüber ein Rechtsverhältniß nicht obligatorischer Natur als bestehend anerkennt, giebt der Entwurf keine Bestimmung. Einem solchen Anerkenntnisse kann selbstverständlich nicht allgemein die Wirkung beigelegt werden, daß es das fragliche Rechtsverhältniß selbst zur Entstehung bringe. Aus den einzelnen Theilen des Gesetzbuches ist zu entnehmen, welche Wirkung einem derartigen Anerkenntnisse zukommt, und insbesondere, welche Rechtsverhältnisse in ihrem Bestande oder Nichtbestande der Privatdisposition der Parteien, also auch einem Anerkennungsvertrage entzogen sind, ob und welche formalen Erfordernisse neben der Willenserklärung der Parteien behufs der Entstehung bestimmter Rechtsverhältnisse zu erfüllen sind. Man kann auch dem fraglichen Anerkenntnisse so wenig als einem solchen negativen Anerkenntnißvertrage allgemein eine obligatorische Wirkung derart beilegen, daß der Anerkennende die Verpflichtung überkomme,

Vertragsnatur.

Zu Grunde liegendes Schuldverhältniß.

---

[1]) Vergl. Entw. §§ 1073, 1074, 1157.

dem anderen Theile gegenüber sich so behandeln zu lassen, als ob das Rechtsverhältniß bestehe oder nicht bestehe, und er demgemäß diese oder jene Leistung zu bewirken oder ein Handeln oder Verfahren des anderen Theiles zu gestatten oder zu dulden habe. Eine positive Vorschrift in diesem Sinne wäre höchst bedenklich. Ergiebt sich im Einzelfalle, daß dem Vertrage ein obligatorischer Karakter der bezeichneten Art beiwohnt, so würde er wohl als Schuldanerkennungsvertrag im weiteren Sinne sich darstellen und nach den für diesen aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen sein. Einer besonderen Bestimmung bedarf es in dieser Hinsicht nicht.

Abstrakter Vertrag.

Das Schuldversprechen im engeren und eigentlichen Sinne (§ 683) gehört zu den abstrakten Verträgen. Ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennungsvertrag in diesem Sinne liegt nicht vor, wenn der Vertrag den vollen Thatbestand, aus welchem die Schuldverpflichtung entspringt, enthält, wenn z. B. beide Theile über einen unter ihnen abgeschlossenen Vertrag eine, den ganzen Inhalt des Vertrages reproduzirende Urkunde errichteten, sollte darin auch der Vertrag als bereits abgeschlossen, der Vertragsabschluß als der Vergangenheit angehörend, bezeichnet sein. Die Abstraktheit des Schuldversprechens kann allerdings, wie der Entwurf hervorhebt, eine doppelte sein, eine absolute oder relative, insofern darin der Verpflichtungsgrund völlig übergangen oder nur im Allgemeinen bezeichnet ist. In letzterem Falle zeigt sich nur die selbstverständliche Besonderheit, daß die Verpflichtung des Schuldners in gewissen Beziehungen nach den Rechtsnormen zu beurtheilen ist, welche für Schuldverpflichtungen der aus der allgemeinen Bezeichnung des Verpflichtungsgrundes sich ergebenden Art gelten, z. B. in Ansehung der Verjährung, der Gültigkeit, wenn ein durch das Gesetz reprobirter Verpflichtungsgrund in Frage steht. Auch ein relativ abstraktes Schuldversprechen ist und bleibt dagegen ein einseitiger Vertrag, welcher rücksichtlich der anerkannten Schuld einen selbständigen Verpflichtungsgrund bildet (§ 684). Den sich als Schuldanerkennungsvertrag bezeichnenden Vertrag des angeführten materiellen Inhaltes (diskreter Vertrag) übergeht der Entwurf. Es ist Aufgabe der Wissenschaft, die Bedeutung eines derartigen Vertrages festzustellen, insbesondere ob unter Umständen in der Ausstellung einer Urkunde mit Angabe des speziellen Verpflichtungsgrundes nur die Schaffung eines Beweismittels oder ein Beweisvertrag, eventuell ein neues verpflichtendes Versprechen oder Anerkenntniß gefunden werden kann oder muß, und welche Wirkung letzteren Falles dem Vertrage beizumessen ist. Im Sinne des Entwurfes liegt ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennungsvertrag in der Bedeutung und mit der Wirkung eines neuen selbständigen Verpflichtungsgrundes nur vor, wenn ein absolut oder relativ abstrakter (indiskreter) Vertrag abgeschlossen ist.

Schriftform;

Der Entwurf erkennt den abstrakten obligatorischen Vertrag jedoch nur an, wenn das vertragsmäßige Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß von dem Schuldner in schriftlicher Form ertheilt ist. Die bekanntlich sehr bestrittene und in der Gesetzgebung verschieden beantwortete Frage nach der Gültigkeit des abstrakten Vertrages, insbesondere, ob dieselbe zumal mit der Wirkung, daß das abstrakte Versprechen wie eine von dem Schuldner bewirkte reelle Leistung zu beurtheilen sei, schon aus dem Prinzipe der Vertragsfreiheit

folge, kann hier dahingestellt bleiben[1]). Unter allen Umständen unterliegt die einfache Bejahung der Frage für das blos mündliche Versprechen wegen der sich daran knüpfenden praktischen Folgen den größten Bedenken. Die Zulassung des mündlichen abstrakten Schuldversprechens würde die dringendste Gefahr schwer wiegender Uebelstände hervorrufen. Dem abstrakten Schuldversprechen kann Wirksamkeit nur beigelegt werden, wenn der Wille des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, zweifellos feststeht. Aus dem blos mündlichen, die materielle causa nicht ergebenden Versprechen des Schuldners ist jener Wille noch nicht zu entnehmen. Gegen die aus der prinzipiellen Anerkennung des blos mündlichen abstrakten Vertrages dem Schuldner drohenden Härten und Unbilligkeiten ließen sich auch keine Kautelen schaffen; insbesondere würde in dieser Hinsicht die ausdrückliche Bestimmung nur wenig nützen, der Wille des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, müsse besonders dargethan werden[2]). Im Falle blos mündlichen Verhandelns bliebe immer die Gefahr, daß in vielen Fällen der entscheidende Wille für erwiesen angenommen würde, wo er in Wirklichkeit fehlte. Unvermeidlich wäre eine große Zahl von Prozessen, in welchen über die wirkliche Intention des Schuldners gestritten würde und

---

[1]) S. für das gemeine Recht bei Windscheid §§ 318, 319, 364, §§ 412a, 412b. Für das preuß. A. L. R. wird die Gültigkeit des abstrakten (schriftlichen) Vertrages im Prinzipe anerkannt von Dernburg II § 215, geleugnet, abgesehen von Inhaberpapieren, von Eccius, welcher übrigens die Abrechnung als genügende materielle causa eines verpflichtenden obligatorischen Anerkenntnisses betrachtet (I § 76, § 91 S. 578 A. 108, § 97 S. 625 f.; s. Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 11 S. 345, dagegen Entsch. d. R. G. in Civils. II Nr. 87, III Nr. 75). Dem code civil (Art. 1108, 1131 ff., 1337) ist der abstrakte Vertrag und der Anerkennungsvertrag als selbständiger Verpflichtungsgrund fremd, doch hat das Verkehrsbedürfniß dahin gedrängt, als eine genügende expressio causae anzusehen, wenn in einem schriftlichen Vertrage „le souscripteur de l'acte se reconnait débiteur de la somme, qu'il s'oblige à payer". Für das österr. Recht wird, übrigens aus allgemeinen Erwägungen, die Gültigkeit des abstrakten obligatorischen Vertrages geleugnet, der Anerkennungsvertrag (so auch der Abrechnungsvertrag) als materieller Vertrag aufgefaßt und aus diesem Grunde und nur als solcher zugelassen (Hasenöhrl a. a. O. I § 27, II § 81, jedoch Unger, österr. Priv. R. II S. 167, 426, 678 Nr. 4). Die österr. Praxis bejaht übrigens meist die Frage, ob auf Grund eines Schuldscheines ohne Angabe der causa debendi geklagt werden könne. Dagegen haben das sächs. G. B. §§ 1347—1401 (§ 782) und der dresd. Entw. Art. 922—926 den abstrakten Anerkenntniß- (Schuldanerkennungs-) Vertrag, wenn auch nur mündlich geschlossen, als selbständigen Obligationsgrund geregelt (vergl. auch dresd. Entw. Art. 342: Tilgungserklärung des Gläubigers). Der bayr. Entw. Art. 21—23, 212 normirt den positiven und negativen Anerkennungsvertrag, d. h. das schriftliche Zahlungsversprechen und das vertragsmäßige schriftliche Schuldbekenntniß mit oder ohne Bezeichnung des Rechtsgrundes der Verpflichtung, und die schriftliche, wenn auch allgemein gehaltene, dem Schuldner eingehändigte Erklärung des Gläubigers, daß er seine Befriedigung erlangt habe. Das schweiz. Bd. Ges. Art. 15 bestimmt allgemein: „Ein Schuldbekenntniß ist gültig auch ohne Erwähnung eines besonderen Verpflichtungsgrundes" (vergl. Art. 843). Der hess. Entw. schweigt zu der Frage (vergl. IV, 1 Art. 137).

[2]) Sächs. G. B. § 1397; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. IV Nr. 86, III Nr. 14; Seufferts Archiv XXXI Nr. 295; vergl. Windscheid § 318 Nr. 3.

diese schwer zu ermitteln wäre. Die Anerkennung des blos mündlichen abstrakten Schuldversprechens ist zudem kein Bedürfniß und weit überwiegend im geltenden Rechte nicht begründet (s. Note 1 S. 689); auch die Theorie spricht sich vielfach dagegen aus oder befürwortet de lege ferenda die Schriftform. Mit dem schriftlichen abstrakten Schuldversprechen verhält es sich in der That anders, obschon auch gegen dessen Wirksamkeit sich manche Bedenken geltend machen lassen. Im Rechtsleben spielt dasselbe eine große Rolle, und es hat in der Praxis der Gerichte sich selbst da zur Anerkennung durchgerungen, wo der Buchstabe der Gesetzgebung scheinbar entgegensteht. Im Vordergrunde steht hier das schriftliche Schuldbekenntniß oder der Schuldschein, sowie die Anerkennung des Ergebnisses einer Abrechnung. Bei der großen Rolle, welche im Leben der Schuldschein oder Schuldbrief spielt, ist es im Interesse des Verkehres dringend nothwendig, die verbindliche Kraft desselben möglichst zu sichern. Gerade die diskreten Schuldscheine sind, wie die tägliche Erfahrung lehrt, für den Verkehr zu umständlich. Es würde auch nicht genügen, eine nur unbestimmte und allgemeine Angabe der causa für ausreichend zu erklären (vergl. Windscheid § 412 b Note 2, Hasenöhrl II § 81 Noten 84—86); denn die Angabe könnte, wenn nicht positive Schranken gezogen würden, an Unbestimmtheit dem Mangel jeder Angabe thatsächlich gleichstehen, und eine Schranke zu bestimmen wäre unmöglich. Die völlig indiskreten Schuldbriefe haben im Verkehre sich auch immer mehr eingebürgert. Ist es daher durch das praktische Bedürfniß geboten, dem schriftlichen indiskreten Schuldbekenntnisse oder dem indiskreten Schuldscheine verbindliche Kraft einzuräumen, so muß auch das dem Gläubiger ertheilte oder vertragsmäßige schriftliche abstrakte Schuldversprechen als verpflichtend anerkannt werden[1]). Die Zulassung des abstrakten Schuldbekenntnisses (Schuldanerkennung im wörtlichen Sinne) ist ohne Zulassung des abstrakten Schuldversprechens nicht durchzuführen. Beide unterscheiden sich wesentlich nur in der Form des Ausdruckes; in einem Falle anerkennt oder bekennt der Schuldner, eine bestimmte Summe an dem und dem Tage zahlen zu müssen; in dem anderen verspricht der Schuldner, die Summe an dem und dem Tage zu zahlen. Auch letzterenfalls liegt die vertragsmäßige abstrakte Anerkennung der Schuld seitens des Schuldners vor. Es ist unmöglich, solche feine Unterschiede in der Ausdrucksweise bei einer für den Verkehr so eminent wichtigen Materie zu verwenden, ohne daß dadurch die größten praktischen Uebelstände für den Verkehr herbeigeführt würden. Der Entwurf hebt daher, um jedem Mißverständnisse seiner Tragweite vorzubeugen, in § 683 als verpflichtend sowohl das (schriftliche abstrakte) Versprechen einer Leistung als das Anerkenntniß, zu einer Leistung verpflichtet zu sein, hervor. Besondere Gefahren sind von der Anerkennung der Wirksamkeit des schriftlichen abstrakten Schuldversprechens nicht zu besorgen. Der entsprechende Wille des

Schuldbekenntniß.

Schuldversprechen.

---

[1]) S. z. B. Seufferts Archiv XXI Nr. 30, XXIV Nr. 230, XXV Nr. 16 (Ob. Trib. Berlin), XXXI Nr. 259, XXIII Nr. 118, 119, XXXIII Nr. 8; Entsch. d. R. G. in Civils. II Nr. 3, III Nr. 75 (preuß. Recht), V Nr. 33, VIII Nr. 8; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXI Nr. 57; württemb. Archiv. XVI S. 164 ff.; Seufferts Archiv XXIX Nr. 228 (vergl. hierzu württemb. L. R. I tit. 34 § 4).

Schuldners erhellt aus der die Abstraktheit ergebenden Schrift und aus der dieser nach der Verkehrssitte beiwohnenden Bedeutung. Es kann deshalb daneben nicht noch der besondere Beweis des abstrakten Verpflichtungswillens des Schuldners verlangt werden. Der Schuldner kann sich ohnedies jetzt schon im Wege der Wechselausstellung, der Ausstellung einer Schuldverschreibung auf Inhaber (§§ 685 ff.), und, wenn er Kaufmann ist, nach Art. 301 des H. G. B. durch Ausstellung eines sog. Verpflichtungsscheines in schriftlicher Form abstrakt verpflichten, wie auch in den Vorschriften über die Grundschuld die Verbindlichkeit des abstrakten Schuldversprechens anerkannt ist. Das Verhältniß der für das Schuldversprechen vorgeschriebenen Form zu der Form des Schenkungsversprechens ergiebt sich aus § 440 Abs. 2.

Die Bestimmungen des Entwurfes umfassen auch den Abrechnungs- oder Berechnungsvertrag, d. h. den Vertrag, in welchem der eine Theil anerkennt oder bekennt, dem anderen Theile nach gepflogener Abrechnung oder Berechnung noch einen Saldo zu verschulden, während die einzelnen Rechnungsposten und um so mehr der jedem einzelnen Posten zu Grunde liegende Sach- oder Thatbestand in dem Vertrage unerwähnt bleibt. Dieser Vertrag ist nur ein Unterfall des indiskreten Schuldanerkennungsvertrages. In der Anerkennung des Resultates einer Abrechnung wurde am frühesten ein selbständiger Schuldgrund gefunden[1]). Der Abrechnungsvertrag ist auch in der That kein materieller Vertrag. Wohl kann sich in ihm der eine oder andere materielle Vertrag, insbesondere ein Vergleich, verstecken. Der hier in Frage stehende reine Abrechnungs- oder Berechnungsvertrag ist, losgelöst von den vorausgegangenen Berechnungen und wenn er nur im Allgemeinen deren Ergebniß in Bezug nimmt, nicht weniger abstrakt, wie jeder andere, die materielle causa verschweigende oder nur im Allgemeinen bezeichnende Schuldanerkennungsvertrag. Dies gilt von der Auffassung im Verkehre, wie vom Standpunkte der rechtsgeschichtlichen Entwickelung aus. Der Entwurf stellt auch keine Besonderheiten für den Abrechnungsvertrag auf und hebt ihn deshalb in den Bestimmungen der §§ 683, 684 nicht besonders hervor. In Frage konnte nur kommen, ob für den Abrechnungsvertrag von der Schriftform abzusehen, also insoweit auch das mündliche indiskrete Schuldanerkenntniß oder Schuldversprechen als verpflichtend anzuerkennen sei. Eine solche Ausnahme von dem für das abstrakte Schuldversprechen angenommenen Prinzipe der Schriftform würde jedoch, abgesehen davon, daß sie der theoretischen Begründung entbehrte, dem Prinzipe den größten Theil seiner Bedeutung entziehen, wenn nicht gar in ihren praktischen Folgen dasselbe völlig umzustoßen drohen. Der Schuldner wäre hiernach an jedes mündliche abstrakte Schuldversprechen gebunden, welches mit dem ein-

Abrechnungsvertrag:

Unterart des abstrakten Schuldverspr.;

Schriftform.

---

1) Windscheid § 412 b Note 2 a. E.; sächs. G. B. § 1401; dresd. Entw. Art. 923, bayr. Entw. Art. 21 ff.; Eccius I § 76 A. 4, 5, § 91 A. 108; Hasenöhrl, österr. Obl. R. II S. 298—300 (beide sehen im Abrechnungsvertrage einen materiellen Vertrag); Seufferts Archiv XXI Nr. 31, XXXI Nr. 258; Entsch. d. R. O. H. G. (insbes. für das kaufmännische Kontokurrentverhältniß) IV Nr. 16, III Nr. 1, Nr. 87, VII Nr. 51, X Nr. 9, XI Nr. 92, XV Nr. 78, XVI Nr. 9, 35; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 10; württemb. Archiv XII S. 423 ff., XVI S. 1 ff.

fachen Zusatze versehen wäre „nach Berechnung oder Abrechnung"; der Schuldner würde auch ohne besonderen gesetzlichen Vorbehalt kaum mit der Einrede Gehör finden, eine Berechnung oder Abrechnung habe nicht stattgefunden. Eine Ausnahme von dem Prinzipe der Schriftform für den Abrechnungsvertrag wird auch nicht durch ein zwingendes praktisches Bedürfniß erfordert. Im praktischen Leben sind allerdings die Fälle nicht selten, in welchen, nachdem unter Verwendung von Feder oder Kreide abgerechnet oder berechnet worden, der eine Theil mündlich bekennt, dem anderen Theile den ausgerechneten Saldo zu verschulden. Dem praktischen Bedürfnisse ist jedoch auch hier dadurch vollkommen genügt, daß die einfache schriftliche Verbriefung des Bekenntnisses für wirksam erklärt ist, zumal sich keineswegs behaupten läßt, daß das nach einer Abrechnung oder Berechnung ertheilte und auf diese verweisende mündliche Schuldbekenntniß stets mit Zuverlässigkeit auf den Willen des Schuldners, sich abstrakt zu verpflichten, schließen lasse. In vielen Fällen wird dieser Wille ebenso zweifelhaft sein, wie bei jeder anderen nur mündlichen Schuldanerkennung.

Annahme formfrei.

Das Erforderniß der Schriftform (§ 92) stellt der Entwurf nur für das vom Schuldner abzugebende Versprechen einer Leistung oder Schuldanerkenntniß auf. Die zur Vollendung des Vertrages erforderliche Annahme des Versprechens oder Anerkenntnisses seitens des Gläubigers ist formfrei und kann auch stillschweigend erfolgen[1]). Der Gläubiger, welcher im Besitze der von dem Schuldner ausgestellten Urkunde über das Schuldversprechen sich befindet, hat aber, wie schon aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen ist, nicht erst noch den Abschluß des Vertrages, d. h. die Thatsache zu beweisen, daß der Schuldner ihm die Urkunde ausgeliefert und er die Erklärung des Schuldners angenommen habe.

Daß in der Zahlung von Zinsen für eine Schuld oder in dem bloßen Nachsuchen einer Stundung für die Erfüllung der letzteren eine vertragsmäßige Anerkennung der Schuld (§ 683) nicht liegt (sächs. G. B. § 1400; dresd. Entw. Art. 926), ist selbstverständlich, folgt überdies aus dem Requisite der Schriftform für den Anerkennungsvertrag.

Gegenständlich ist das schriftliche abstrakte Schuldversprechen (§ 683) nicht auf das Versprechen einer Geldsumme beschränkt.

Vertragsweises außergerichtliches Geständniß.

Die Frage, ob und welche Bestimmungen über das vertragsweise schriftliche außergerichtliche (Thatsachen-) Geständniß (Beweisvertrag) erforderlich sind, bleibt der Revision der C. P. O. vorbehalten. Die Richtigkeit der Ansicht, daß solche Vorschriften in den Bereich des bürgerlichen Rechtes fallen, ist nicht anzuerkennen. Vom Standpunkte des Entwurfes aus ist aber im Einzelfalle zu prüfen, ob in dem (scheinbaren) vertragsmäßigen Geständnisse, daß eine Thatsache sich zugetragen oder nicht zugetragen habe, nicht ein positiver oder negativer Schuldanerkennungsvertrag (§§ 683, 290) enthalten ist (z. B. Anerkenntniß, daß eine gewisse Summe als Darlehen gezahlt oder eine als Darlehen empfangene Summe zurückbezahlt worden). Diesfalls sind besondere Bestimmungen nicht erforderlich[2]).

---

[1]) Vergl. §§ 440, 607.

[2]) Vergl. C. P. O. §§ 380, 381, nordd. C. P. O. Entw. §§ 563 ff.; preuß. Regierungsentw. zur deutschen C. P. O. v. 1871 §§ 351—353.

§ 684.

Das abstrakte Schuldversprechen begründet seinem Wesen nach eine Verpflichtung, welche nach dem Willen des Versprechenden von dem das Versprechen veranlassenden Schuldverhältnisse losgelöst sein soll. Es fragt sich, inwieweit aus diesem Schuldverhältnisse noch Einwendungen gegen das abstrakte Versprechen geltend gemacht werden können. Alle Einwendungen zulassen, hieße dem Schuldversprechen jede Bedeutung mit Ausnahme der Verschiebung der Beweislast absprechen. Der Versprechende hätte alsdann zwar zu beweisen, welches Schuldverhältniß das Versprechen veranlaßt habe, allenfalls auch noch, wenn er das Schuldverhältniß in Abrede stellt, daß dasselbe nicht bestanden habe; aber eine Aenderung des materiellen Rechtes wäre durch das Versprechen nicht begründet. Andererseits ist in Uebereinstimmung mit der in der Doktrin von gewichtigen Autoritäten vertretenen Ansicht, mit Gesetzgebung und überwiegender Praxis der Gerichte[1]) anzuerkennen, daß der Versprechende das gegebene Versprechen nach den allgemeinen Grundsätzen über die Kondiktionen (§§ 737—748) zurückfordern, d. h. die Aufhebung des Versprechens verlangen und deshalb, wenn die Voraussetzungen der Rückforderung vorliegen, die Erfüllung verweigern könne (Abs. 1), und zwar muß ihm diese Einrede als eine selbständige, d. h. unverjährbare, zustehen.

Einwendungen.

Kondiktion des Schuldversprechens

Mit dieser Gewährung der Kondiktionen ist jedoch der Bedeutung des Schuldversprechens noch nicht genug gethan. Ist das abstrakte Versprechen auch selbst als Leistung aufzufassen, so kann doch nicht unbeachtet bleiben, daß es das Versprechen einer anderen Leistung ist, und als solches darf es keine größere Bedeutung haben, als diese Leistung selbst. Es rechtfertigt sich deshalb, die Rückforderung des Versprechens nach den Vorschriften der condictio indebiti (§§ 737—741) auch dann zu gestatten, wenn die Voraussetzungen der Kondiktion zwar nicht in Ansehung des hingegebenen Versprechens, wohl aber in Ansehung der versprochenen Leistung oder der anerkannten Verbindlichkeit vorgelegen haben (Abs. 2). Von Bedeutung ist hierbei namentlich der Umstand, daß der Versprechende zwar weiß, daß er zu dem Versprechen nicht verpflichtet ist, aber doch vielfach nur die Erfüllung einer vorausgesetzten Verbindlichkeit versprechen will.

wegen Irrthumes über die anerkannte Verbindlichkeit,

Nach den Vorschriften des § 743 Nr. 1 und des § 747 Abs. 3 würde der Schuldner, wenn auch die Voraussetzungen der condictio ob rem oder ob turpem causam vorlägen, gleichwohl an das Versprechen gebunden bleiben, sofern ihn der Vorwurf träfe, durch Ertheilung des Versprechens gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen zu haben. Diese Konsequenz wäre unbefriedigend. Da der Schuldner effektiv noch nicht reell geleistet, sondern nur künftig zu leisten versprochen hat, muß es bei dem Grundsatze verbleiben, daß der Gläubiger, welchem wegen des Empfanges des Versprechens eine turpitudo

wegen verwerflichen Empfanges.

---

[1]) Windscheid § 412a; Hasenöhrl, österr. Obl. R. II § 81 Note 93; sächs. G. B. § 1399; bayr. Entw. Art. 91, dresd. Entw. Art. 925; vergl. H. G. B. Art. 294; Seufferts Archiv XXI Nr. 30, XXII Nr. 200, XXIII Nr. 118, 119, XXIX Nr. 228; Entsch. des vorm. R. O. H. G. IV Nr. 16, III Nr. 87, XI Nr. 92, XV Nr. 78, XVI Nr. 35; Entsch. d. R. G. in Civils. II Nr. 87; württemb. Archiv XV S. 164.

zur Last fällt, mit dem Anspruche auf Erfüllung kein Gehör findet, gleichgültig, ob der Schuldner sich gegen diesen Anspruch vertheidigt oder seinerseits behufs seiner Liberirung klagend auftritt (Abs. 3)[1]).

Selbstverständlich können in Ansehung sowohl des Versprechens als der versprochenen Leistung auch andere Vorschriften Platz greifen, welche dem Versprechenden das Recht geben, das Geleistete zurückzufordern (vergl. §§ 426, 427, 667).

Zwanzigster Titel.

Schuldverschreibung auf Inhaber[2]).

§ 685.

Begriff.

Der Entwurf (§§ 685—701) giebt nur Vorschriften für die „Schuldverschreibung auf Inhaber", d. h. für diejenige Schuldverschreibung, in welcher der Aussteller dem jeweiligen Inhaber der die Schuldverschreibung enthaltenden Urkunde eine Leistung verspricht, durch welche demgemäß gegen den Aussteller für jeden Inhaber, ohne daß eine bestimmte Person als Gläubiger genannt ist, ein selbständiger obligatorischer Anspruch auf eine Leistung begründet wird, wobei es keinen Unterschied macht, welche Leistung versprochen ist und ob die Verfallzeit zum Voraus bestimmt ist, oder erst nach der Ausgabe durch Kündigung, Ausloosung bestimmt werden soll, oder ob die Entstehung der Forderung und deren Betrag nach den Ausgabebedingungen noch von besonderen Umständen abhängig ist. Die Vorschriften befassen sich hiernach nicht mit Inhaberpapieren, soweit sie kein Leistungsversprechen enthalten, also nicht mit denjenigen, welche über Gesellschaftsantheile ausgestellt sind, z. B. Aktien. Die Entscheidung, welche der in diesem Titel enthaltenen Vorschriften auf diese Inhaberpapiere anzuwenden sind, bleibt den einschlägigen Rechtsmaterien bezw. hinsichtlich der Aktien dem Einführungsgesetze (Anm. 1 zu § 693) vorbehalten.

Die Vorschriften betreffen ferner nur die aus den Schuldverschreibungen herzuleitenden Verbindlichkeiten des Ausstellers gegen den Inhaber. Die Normirung der an die Inhaberpapiere sich knüpfenden sachenrechtlichen Fragen

---

[1]) Vergl. § 664.

[2]) Die Gesetzgebung hat sich bis jetzt mit einer allgemeinen Regelung des Institutes der Inhaberpapiere nur wenig, meist nur mit einzelnen Eigenthümlichkeiten der Inhaberpapiere oder mit denselben als Gegenstand gewisser Rechtsgeschäfte, und zwar vorzugsweise in der Beschränkung auf Staats- oder sonstige öffentliche Papiere, befaßt: s. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 401, 653, I, 15 § 47, I, 16 § 28, I, 12 §§ 414, 415; österr. G. B. §§ 1393, 985, 990, 371; bayr. Entw. II Art. 152, III Art. 96. Eingehender der württemb. Entw. eines Gesetzes, betr. die auf den Inhaber lautenden Kreditpapiere, von 1862, das sächs. G. B. §§ 1039 ff., 296, 297, der dresd. Entw. Art. 17—22, 81, 347, 236, das schweiz. Bd. Ges. Art. 846 ff., 208, 210, 213.

(Eigenthumserwerb, Vindizirbarkeit, Pfandrecht, Nießbrauch) findet sich im dritten Buche. Nur der Satz, daß die Uebertragung des Forderungsrechtes aus einer Schuldverschreibung auf Inhaber durch Uebergabe der Urkunde erfolgt, wird als ein aus dem Wesen einer derartigen Schuldverschreibung unmittelbar folgender angesehen (C. P. O. §§ 712, 722 f.; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 88).

Der Entwurf giebt die Ausstellung und Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Inhaber prinzipiell frei, nur die Zulässigkeit der Emission von Schuldverschreibungen, in welchen dem Inhaber die Zahlung einer bestimmten Geldsumme vom Aussteller versprochen wird, sofern sie nicht vom Reiche oder einem Bundesstaate ausgestellt worden, ist von der staatlichen Genehmigung abhängig erklärt (§ 701). Selbstverständlich werden die Beschränkungen, welche kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen polizeilichen, verwaltungsrechtlichen oder finanzpolitischen Karakters für bestimmte Unternehmungen (z. B. Lotterieen) oder allgemein für gewisse Korporationen 2c. gesetzt sind, hierdurch nicht berührt. Die reichsgesetzlichen Vorschriften, welche die Ausgabe von Inhaberpapieren mit Prämien nur auf Grund eines Reichsgesetzes zum Zwecke einer Staatsanleihe gestatten und die Ausgabe von Banknoten, sowie von Kassenscheinen und sonstigen auf den Inhaber gestellten unverzinslichen Schuldverschreibungen als Privilegium der Reichsbank, unter gewissen Bedingungen auch anderen Banken vorbehalten oder von einer reichsgesetzlich zu ertheilenden Konzession abhängig machen (R. Ges. v. 8. Juni 1871, betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien, Reichsbankgesetz), bestehen für sich[1]). Freiheit der Ausstellung.

Die Vorschriften des Entwurfes über das aus der Ausstellung einer Schuldverschreibung auf Inhaber zwischen dem Aussteller und dem Inhaber entstehende Schuldverhältniß beruhen auf der Annahme der verpflichtenden Kraft des von dem Aussteller in der Urkunde niedergelegten und verbrieften einseitigen Versprechens (§§ 342, 343). Die Auffassung, welche entgegen der Vertragstheorie die rechtliche Verpflichtung des Ausstellers zu der in der Schuldverschreibung bezeichneten Leistung in der verbindlichen Kraft des in der Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens des Ausstellers findet, hat in der Doktrin wie in der Praxis der Gerichte stetig fortschreitende Anerkennung gefunden[2]). In der That finden auch die wichtigsten Rechtssätze über das aus der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf Inhaber entstehende obligatorische Verhältniß, welche an sich heuzutage kaum noch einer Anfechtung ausgesetzt sind, nur in jener Auffassung ihre natürliche, der Absicht des Ausstellers derartiger Urkunden entsprechende Erklärung. Aus der einseitig verpflichtenden Erklärung des Ausstellers in Verbindung mit dem Umstande, daß die Schuldverschreibung gewöhnlich die materielle causa nicht erwähnt, folgt die regelmäßige abstrakte Natur des in der Schuldverschreibung auf Inhaber abgegebenen Verpflichtung aus einseit. Versprechen.

---

[1]) S. auch H. G. B. (R. Ges. v. 18. Juli 1884) Art. 173, 173a, 207, 207a 2c., W. O. Art. 4 Ziff. 3, Art. 96 Ziff. 3.

[2]) S. Windscheid § 304 N. 11, Hasenöhrl, österr. Obl. R. II § 58, Eccius I § 64 S. 373 f., § 76; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVII S. 150 ff., Seufferts Archiv XXXI Nr. 277; Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 51 S. 177.

Versprechens, wiewohl auch die Angabe des Schuldgrundes in der Schuldverschreibung in dem Sinne statthaft ist und vorkommen kann, daß sich der Aussteller die aus dem Schuldgrunde entspringenden Einwendungen gegen seine Verpflichtung vorbehält (s. zu § 689).

Forderungsrecht des Inhabers. Durch das in der Schuldverschreibung enthaltene Versprechen verpflichtet sich der Aussteller dem jeweiligen Inhaber der Urkunde als solchem. Der Inhaber hat hiernach ein selbständiges, von dem Forderungsrechte seiner Vormänner nicht abgeleitetes Forderungsrecht auf Bewirkung der Leistung (sächs. G. B. § 1039; schweiz. Bd. Ges. § 846 Abs. 1; dresd. Entw. Art. 17, 866, württemb. Entw. Art. 1 Abs. 1, Art. 7).

Form: Schriftlichkeit; Indem § 685 bestimmt, das in einer Urkunde enthaltene Versprechen, an den Inhaber die darin bezeichnete Leistung zu bewirken, erzeuge kraft des in solcher Form anerkannten einseitigen Verpflichtungswillens eine vollgültige obligatorische Verpflichtung gegenüber jedem Inhaber der Urkunde, ist ein in schriftlicher Form ertheiltes Versprechen vorausgesetzt. Hieraus folgt die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 92, wonach die eigenhändige Unterschrift ein wesentliches Erforderniß der schriftlichen Form ist. Erfahrungsgemäß kann aber bei der sog. Massenemission von Inhaberpapieren jenem Erfordernisse nur schwer, mitunter gar nicht Genüge geschehen. Es ist deshalb (Abs. 2) Faksimile; in Uebereinstimmung mit der Verkehrssitte eine Ausnahme von der Regel zuzulassen, dahin, daß die Herstellung der Unterschrift auf mechanischem Wege für genügend erklärt wird. Das Bedürfniß zeigt sich zunächst für diejenigen Papiere, durch welche eine Geldzahlung versprochen wird, möge die Geldsumme eine bestimmte, also zur Ausgabe die Staatsgenehmigung erforderlich sein (§ 701), oder nicht, wie in der Regel bei Dividendenscheinen und Lotterieloosen. Aber auch bei anderen Schuldverschreibungen auf Inhaber läßt sich das Bedürfniß nicht gänzlich verneinen, weshalb die Ausnahme allgemein zugelassen ist. Hiermit ist jedoch in einer besonderen Richtung dem Bedürfnisse bei Massenemissionen, namentlich für die vom Staate ausgegebenen Schuldverschreibungen auf Inhaber noch nicht volle Rechnung getragen. Bei der besondere Vermerke ꝛc.; Ausstellung solcher Schuldverschreibungen ist regelmäßig, bedingt durch die ganze Geschäftsorganisation, zwischen zwei oft weit auseinander liegenden Zeitpunkten strenge zu unterscheiden, nämlich der Herstellung der Effektenformulare und der Ausfertigung dieser Formulare. Die Herstellung der Formulare umfaßt gewöhnlich schon das Datum der Ausstellung, die Bezeichnung der betreffenden Behörde und die faksimilirten Unterschriften ihrer Mitglieder. Die Form der Ausfertigung, mit welcher die Erklärung des Verpflichtungswillens des Ausstellers solchenfalls erst vollständig wird, ist eine verschiedene. Zur Vermeidung der Gefahr, daß der Aussteller auf Grund eines nur erst hergestellten, noch nicht ausgefertigten Effektenformulares in Anspruch genommen werden könnte, ist hiernach die weitere Bestimmung nöthig, daß die Gültigkeit der Vollziehung durch einen auf der Urkunde anzubringenden Vermerk von der Beifügung eines bestimmten Zeichens oder Vermerkes abhängig gemacht werden kann[1]). Es muß aus der betreffenden Urkunde selbst hervorgehen, daß die

[1]) Vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. XIV Nr. 24 S. 96 ff.

Gültigkeit der Vollziehung, um welche es sich allein handelt, von einem bestimmten Vermerke oder Zeichen auf der Urkunde abhängig, ohne diesen Vermerk oder dieses Zeichen die Urkunde hiernach noch nicht vollzogen sei. Es genügt in dieser Beziehung nicht etwa die Veröffentlichung der betreffenden Bestimmung des Ausstellers in öffentlichen Blättern (§§ 685, 689). Für die von den Bundesstaaten ausgestellten Schuldverschreibungen kommt jedoch noch die Vorschrift des § 701 Abs. 4 in Betracht.

Im Uebrigen ist das Versprechen in einer Schuldverschreibung auf Inhaber nicht in dem Sinne formalisirt, daß die wörtliche Aufnahme der Inhaberklausel wesentliches Erforderniß wäre. Es genügt, wenn aus der Urkunde zweifellos erhellt, daß der Aussteller an jeden Inhaber die in der Urkunde bezeichnete Leistung bewirken will. Inhaber-klausel.

§ 686.

Die Haftung des Ausstellers (§ 685, vergl. § 689) einer Schuldverschreibung auf Inhaber ist von der Ausgabe, d. h. davon, daß er das Papier in Umlauf setzt (begiebt), unabhängig; seine Haftung tritt vielmehr auch dann ein, wenn die (vollzogene) Schuldverschreibung dem Aussteller gestohlen, von ihm verloren oder in anderer Weise ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist (Satz 1). Dieses Prinzip wird vielfach, wenn auch nicht unbestritten, als eine Konsequenz aus der Verknüpfung des Verpflichtungswillens mit der Urkunde, aus der Verkörperung des einseitigen Versprechens hergeleitet. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob das Prinzip sich vom theoretischen Standpunkte rechtfertigen läßt; der Verkehr, welcher ohne dasselbe die erforderliche Sicherheit verlöre, erheischt jedenfalls seine Annahme. Von dem Erwerber kann nicht verlangt werden, daß er die Schuldverschreibung darauf hin prüfe, ob sie von dem Aussteller ausgegeben oder ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist[1]). Der Entwurf bestimmt weiter, die Verpflichtung des Ausstellers werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Schuldverschreibung erst, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden, in den Verkehr gelangt sei. Es ist zweifelhaft, ob die Wissenschaft und Praxis im Hinblicke auf § 74 Abs. 3 die Verpflichtung des Ausstellers auch in solchen Fällen für begründet annähmen. Jedenfalls ist auch diese Vorschrift (Satz 2) durch das Verkehrsbedürfniß bedingt. Eintritt der Verpflichtung des Ausstellers.

§ 687.

Ist der Inhaber als solcher der Gläubiger, so folgt daraus, daß der Aussteller dem Inhaber die versprochene Leistung nicht aus dem Grunde allein verweigern darf, weil der Inhaber die Urkunde in unredlicher Weise erworben hat. Der Aussteller hat daran, an wen er zu leisten hat, nach der Natur der auf den Inhaber lautenden Urkunde kein berechtigtes Interesse. Hieraus recht- Unredlicher Erwerb durch den Inhaber.

[1]) Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVII S. 150 ff.; dagegen für das preuß. Recht Eccius I § 64 S. 374.

fertigt sich die Vorschrift des § 687, welcher übrigens dem Aussteller die Einreden aus einem zwischen ihm und dem Inhaber bestehenden Rechtsverhältnisse vorbehält. — Selbstverständlich ist der Aussteller dem Inhaber die Leistung auch auf Grund eines gerichtlichen Zahlungsverbotes zu verweigern befugt (schweiz. Bd. Ges. Art. 846 Abs. 2; vergl. § 693).

§ 688.

Leistung gegen Aushändigung der Urk.;

Der Aussteller einer Schuldverschreibung auf Inhaber macht seine Verpflichtung zur Leistung schon durch die Verbriefung des Versprechens in der Urkunde davon abhängig, daß ihm das Papier vorgezeigt und zurückgegeben werde. Nur durch die Aushändigung der Urkunde wird auch der Möglichkeit der Weiterübertragung der letzteren und der Schaffung weiterer Gläubiger (§§ 685—687) vorgebeugt. Früher, als ihm die Urkunde vorgelegt wird, ist der Aussteller hiernach zur Leistung nicht verpflichtet (Holschuld), und nur „gegen Aushändigung" der Schuldverschreibung ist er zu leisten verpflichtet. Er hat den Anspruch auf Aushändigung Zug um Zug gegen die Leistung (vergl. § 256). Eine Ausnahme in dieser Richtung tritt nur ein nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 692 ff., 697, wenn die Schuldverschreibung vernichtet oder abhanden gekommen ist[1]).

Quittung;

Die Verpflichtung des Inhabers, dem Aussteller überdies eine Quittung zu ertheilen, wird durch die Vorschrift des Satz 1 nicht berührt (§ 269; vergl. H. G. B. Art. 303, W. O. Art. 39).

Vermerk rc. auf der Urkunde,

Der Entwurf legt dem Aussteller außerdem ausdrücklich das Recht bei, auf der ausgehändigten Schuldverschreibung zu vermerken, daß die Leistung erfolgt und die Schuldverschreibung kraftlos geworden sei, oder die letztere nach seiner Wahl zu vernichten. Es ist nämlich die Besorgniß nicht von der Hand zu weisen, daß der Aussteller, welcher dem unredlichen Inhaber auf Grund des § 687 die Leistung bewirken mußte, nachträglich, weil er den unredlichen Erwerb des Inhabers kannte, von dem wahren Eigenthümer des Papieres auf dessen Herausgabe und in der Folge auf nochmalige Leistung belangt werden könnte, daß somit der Aussteller in die Gefahr doppelter Bezahlung geriethe (§§ 877, 879). Wenn auch aus der Vorschrift, welche den Aussteller zur Zahlung verpflichtet (§ 687), dessen Recht, die Gefahr der doppelten Zahlungsverpflichtung in geeigneter Weise durch einen Vermerk oder durch Kassation der Urkunde von sich abzuwenden, vielleicht abzuleiten sein mag, so empfiehlt sich doch zur Abschneidung aller Zweifel und zur Sicherung des Ausstellers, ihm das entsprechende Recht im Gesetze selbst zuzusprechen.

bei Abschlagszahlungen.

In der rechtlichen Möglichkeit eines entsprechenden Vermerkes auf der Schuldverschreibung liegt auch der Weg, auf welchem der Aussteller bei vorkommenden Abschlagszahlungen sich gegen die spätere Geltendmachung der ganzen Forderung durch einen anderen Inhaber, als den Empfänger der Abschlagszahlung, zu sichern vermag (§ 689; vergl. W. O. Art. 39 Abs. 2).

---

[1]) Ebenso schweiz. Bd. Ges. Art. 848, dresd. Entw. Art. 236, württemb. Entw. Art. 7, Entsch. d. R. G. in Civils. XIV Nr. 37 S. 159 ff.

§ 689.

Nach der Vorschrift des § 689 ist der Aussteller befugt, sich gegen den Inhaber, welcher die Leistung von ihm fordert, aller derjenigen Einwendungen zu bedienen, welche die Gültigkeit der Ausstellung der Schuldverschreibung betreffen, oder welche entweder in dem Inhalte der Schuldverschreibung oder in dem zwischen dem Aussteller und dem Inhaber bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse sich gründen. Unter Einwendungen versteht der Entwurf gemäß seiner Terminologie auch hier die Geltendmachung der die Entstehung des Schuldverhältnisses hindernden oder dasselbe ipso jure aufhebenden Thatsachen sowie das Vorschützen von Einreden im eigentlichen Sinne. Einwendungen

Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung sind gegen jeden Inhaber zulässig, nicht dagegen solche (nur) gegen die Gültigkeit der ersten Begebung (§ 686), welche vielmehr, sofern sie nicht unter eine andere der zuvor bezeichneten Kategorieen fallen, unzulässig sind. Einwendungen gegen die Gültigkeit (Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit) der Ausstellung sind nach allgemeinen Grundsätzen begründet, z. B. wenn die Unterschrift des Ausstellers oder die Urkunde sonst gefälscht ist, oder wenn dem Aussteller zur Zeit der Ausstellung die Geschäftsfähigkeit mangelte und das Papier ohne seinen Willen in den Verkehr gelangte, sowie unter derselben Voraussetzung, wenn ein wesentlicher Willensmangel auf Seite des Ausstellers zur Zeit der Ausstellung vorlag. Zu beachten ist hierbei jedoch, daß die Ausstellung der Schuldverschreibung an sich ein streng einseitiges Rechtsgeschäft ist, welchem kein Empfänger (§ 74 Abs. 1) gegenübersteht, weshalb die Vorschriften über Willensmängel, soweit sie einen Empfänger zur Voraussetzung haben, keine Anwendung finden (§§ 95—103). 1. gegen die Gültigkeit der Ausstellung,

Anlangend die aus dem besonderen Inhalte der Urkunde hergeleiteten Einwendungen, so ist der Aussteller zweifellos befugt, gegen jeden Inhaber alle diejenigen Einreden geltend zu machen, deren Erhebung er in der Urkunde selbst sich vorbehalten hat. In dieser Beziehung kommt auch in Betracht, daß zwar die Angabe des Schuldgrundes nicht zu den Erfordernissen der Verbindlichkeit des Ausstellers gehört, durch die Angabe des Schuldgrundes jedoch das juristische Wesen des Papieres als einer Schuldverschreibung auf Inhaber nicht berührt wird. Fraglich ist aber, ob und inwiefern in der Angabe des Schuldgrundes die Erklärung des Ausstellers zu finden ist, daß und bezw. welche Einreden er aus dem Schuldgrunde gegen jeden Inhaber sich vorbehalte. Die Frage läßt eine allgemeine Beantwortung wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle nicht zu. Jene Angabe kann einen verschiedenen Sinn haben; mitunter wird ihr die erkennbare Absicht des Ausstellers zu Grunde liegen, alle oder doch gewisse Einreden aus dem Schuldgrunde gegen den Inhaber sich vorzubehalten; mitunter wird der Angabe des Schuldgrundes nur ein enunziativer Karakter und daher keine Bedeutung beiwohnen. Es muß in jedem einzelnen Falle konkret geprüft werden, welcher Sinn der Angabe beizulegen ist, wobei unter Umständen die Verkehrssitte für die Auslegung von Belang werden kann[1]). Abgesehen von dieser speziellen Frage ist 2. aus dem Inhalte der Urkunde,

---

[1]) Vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. V Nr. 69 S. 255 ff.

die Vorschrift des § 689 gerade dahin zu verstehen, daß Beschränkungen der Verpflichtung durch den Inhalt der Urkunde gestattet sind. Es können in solcher Weise der Verpflichtung z. B. auch Zeitbestimmungen, Bedingungen oder Voraussetzungen beigefügt werden. Selbst solche Beschränkungen, welche mit der Natur der Schuldverschreibung auf Inhaber unverträglich sind, würden nicht als nicht vorhanden gelten dürfen, sondern nur die Wirkung haben, daß die Urkunde als eine solche Schuldverschreibung nicht gelten könnte.

3. aus dem Rechtsverhältnisse zum Inhaber.

Mit der Zulassung von Einwendungen aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen dem Aussteller und dem Inhaber steht der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem sächs. G. B. §§ 1045, 1046, mit dem dresd. Entw. Art. 18 und dem württemb. Entw. Art. 7, während das schweiz. Bd. Ges. Art. 847, sofern es nur Einreden zuläßt, welche gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind oder aus derselben selbst hervorgehen, dem Aussteller die Geltendmachung von Einreden aus dem zwischen ihm und dem Inhaber bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse versagt. Zu dieser Beschränkung des Vertheidigungsrechtes des Ausstellers gegen den jeweiligen Inhaber besteht kein Bedürfniß; sie ist insbesondere auch in der Natur des durch die Ausstellung einer Schuldverschreibung auf Inhaber begründeten Rechtsverhältnisses nicht begründet. Der Grundsatz der Nichtbeschränkung im Gebrauche von Einreden aus den persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen den streitenden Theilen entspricht vielmehr, wie gezeigt, nicht nur der deutschen Gesetzgebung (vergl. auch W. O. Art. 82 und H. G. B. Art. 303), sondern auch der allgemeinen Verkehrsanschauung und ist von dem Entwurfe in gleichartigen Rechtsverhältnissen anerkannt[1]). Es folgt hieraus und aus den allgemeinen Grundsätzen über Kompensation, daß der Aussteller nicht behindert ist, eine ihm gegen den jeweiligen Inhaber zustehende Forderung zur Aufrechnung zu bringen und seine Verbindlichkeit aus der Schuldverschreibung auf diese Weise zu tilgen.

Unter die bezeichnete Kategorie von zulässigen Einwendungen fällt auch die exceptio doli, welche die Behauptung zur Grundlage hat, der Inhaber habe bei dem Erwerbe der Verschreibung von einer gegen den Vormann zulässigen Einrede Kenntniß gehabt und die Schuldverschreibung in arglistiger Weise, d. h. zu dem Zwecke erworben, um dem Aussteller die betreffende Einrede abzuschneiden und zu entziehen. Weil das Recht des letzten Inhabers kein abgeleitetes ist, läßt sich ein die exceptio doli nach allgemeinen Regeln begründendes arglistiges Verhalten nur beim Zutreffen auch der letzteren Voraussetzung annehmen[2]).

Eine Einrede aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse steht dem Gläubiger auch dann zu, wenn der Inhaber, welcher das Gläubigerrecht geltend macht, nach den zwischen ihm und dem Aussteller obwaltenden Rechtsbeziehungen dem letzteren das Papier herauszugeben verpflichtet ist, z. B. im Vindikationsprozesse ihm weichen müßte.

---

[1]) S. § 607; vergl. § 1084 Abs. 1, §§ 1108, 1136.

[2]) Vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. VII S. 246 ff., Seufferts Archiv XXVIII Nr. 154; vergl. jedoch Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 27, XI Nr. 2 S. 9.

Weitere Einwendungen, insbesondere solche aus den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Aussteller und einem früheren Inhaber, sind dem Aussteller gegen den das Forderungsrecht aus der Schuldverschreibung geltend machenden Inhaber versagt. Die Zulassung von Einreden aus dem Verhältnisse zu früheren Inhabern widerspräche der Selbständigkeit der Rechte des gegenwärtigen Inhabers. zum früheren Inhaber.

Der Entwurf hat bei der Bestimmung der zulässigen Einreden eine von der W. O. und dem H. G. B. abweichende Fassung gewählt, weil jene an einer bedenklichen Kürze leiden, indem sie keinen Aufschluß geben, welche Einreden unter den unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehenden zu begreifen sind. Durch die Fassung des Entwurfes wird zumal die exceptio doli mit genügender Deutlichkeit getroffen.

§ 690.

Die Frage, welche Bedeutung den zu einer Schuldverschreibung auf Inhaber ausgestellten besonderen Zinsscheinen auf Inhaber (Kupons au porteur) zukomme, bedarf im Hinblicke auf die erst nach der Zeit, wo die Hauptforderung aufgehoben bezw. nicht mehr zu verzinsen ist, fällig werdenden Zinsscheine der gesetzlichen Lösung. Sie wird in der Praxis und im Verkehre nicht selten dahin beantwortet, daß solche Zinsscheine kraftlos werden, eine fernere Verzinsung also nicht mehr stattfinde. Es lassen sich hierfür auch erhebliche im Wesen des besonderen Zinsscheines liegende Gründe geltend machen. Andererseits aber ist die Auffassung, daß die Zinsscheine in Kraft bleiben, auch wenn die Hauptforderung von dem Aussteller nicht mehr zu verzinsen ist, nicht nur gleichfalls in Theorie und Praxis vertreten, sondern auch mindestens im Norden Deutschlands im Verkehre die bei weitem vorherrschende, und dieser Auffassung muß im Gesetze aus zwingenden Gründen der Vorzug gegeben werden (Abs. 1). Der Aussteller wird nämlich, wenn das Gegentheil gilt, genöthigt, bei Einlösung jedes einzelnen Zinsscheines zu prüfen, ob die Hauptforderung zur entscheidenden Zeit noch bestanden hat. Eine solche Prüfung kann bei Massenemissionen, welche bei der Regelung der Frage vorwiegend in Betracht kommen, wenn inzwischen Ausloosungen der Hauptobligationen erfolgt sind, eine sehr schwierige und zeitraubende sein. Regelmäßig wird der Aussteller bei Ausreichung der Zinsscheine gerade zugleich bezwecken, der Nothwendigkeit einer solchen Prüfung auszuweichen. Daher hat auch das Gesetz von der Unterstellung einer solchen Absicht auszugehen. Es handelt sich also um Aufstellung einer lex dispositiva, welche der Aussteller ausschließen kann, indem er bestimmt, daß er sich zur Einlösung der ausgestellten Zinsscheine nur auf so lange verpflichte, als die Hauptschuldverschreibung selbst zu verzinsen sei. Die Berufung auf eine solche Bestimmung des Ausstellers enthielte aber gegenüber der Dispositivvorschrift in Abs. 1 eine Einrede aus dem Inhalte der Schuldverschreibung. Als solche unterliegt diese Einrede der Vorschrift des § 689, d. h. sie würde nur berücksichtigt, wenn jene Bestimmung in der Zinsschuldverschreibung selbst enthalten wäre. Die Regelung der Frage

Zinsscheine auf Inhaber; Selbständigkeit nach Erlöschen der Hauptforderung,

durch den Entwurf muß aber auch für die häufigen, gleich zu beurtheilenden Fälle der sog. Zinsreduktion, wenn also die Hauptforderung nicht mehr zu dem in den Zinsscheinen bezeichneten Betrage zu verzinsen ist, gleichmäßig gelten.

Kürzung der Hauptforderung. Zufolge des in Abs. 1 ausgesprochenen Prinzipes und behufs Durchführung desselben muß, wenn solche in Kraft bleibende Zinsscheine bei der Vorlegung der Hauptschuldverschreibung behufs der Einlösung der letzteren nicht zurückgegeben werden, der Aussteller für befugt erklärt werden, den durch die nicht zurückgegebenen Zinsscheine repräsentirten Zinsenbetrag an der Hauptforderung zu kürzen[1]). Werden die Zinsscheine nachgeliefert, so wird die Auszahlung des gekürzten Betrages auch vor der Fälligkeit der Zinsscheine nicht versagt werden können. Im Uebrigen aber ist die Frage, ob der gekürzte Betrag auch ohne Zurückgabe der Zinsscheine nachträglich zu bezahlen ist, lediglich danach zu beantworten, ob für Zinsscheine, welche, weil sie in Verlust gerathen, nicht vorgelegt werden können, überhaupt eine Zahlung zu leisten ist. Maßgebend ist, daß zu der Haupturkunde Zinsscheine ausgegeben sind und in Kraft bleiben.

Materielle Zinsschuld. Kaum zu bemerken ist, daß die Vorschrift des § 690 den mit einer Hauptschuldverschreibung ausgegebenen besonderen Zinsscheinen auf Inhaber nicht den Karakter abstrakter Obligationen beilegt. Der Zinsschein bleibt vielmehr materiell eine Verschreibung über eine Zinsschuld, was bei der Entscheidung, ob Zinsen von Zinsen zu zahlen sind, welche Verjährungsfrist gilt, und ähnlicher Fragen von Bedeutung ist (§§ 249, 358, 157, 691)[2]).

Unselbständigkeit der Dividendenscheine. Die Vorschrift des § 690 gilt nur für Zinsscheine. Wegen der auf keine bestimmte Summe lautenden Dividendenscheine und ähnlicher auf den Inhaber lautender Urkunden über Ansprüche von ungewissem Werthe und ungewisser Fälligkeit ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Die Dividendenscheine insbesondere sind insofern ein unvollkommenes Inhaberpapier, als der Aussteller in Gemäßheit des unzweideutigen Inhaltes der Verbriefung nur dann zu einer Zahlung verpflichtet ist, wenn wirklich eine Dividende erlangt wird. Dies ist so zweifellos, daß es nicht besonders bestimmt zu werden braucht. Es ist demgemäß auch nicht erforderlich, auszusprechen, daß derlei Dividenden- und Gewinnantheilscheine mit dem Erlöschen des Rechtes aus der Haupturkunde ihre Bedeutung verlieren.

Talons. Die Erneuerungsscheine (Talons, Zins- und Dividendenleisten), welche mit verzinslichen Inhaberpapieren und mit Aktien neben den Kupons und Dividendenscheinen ausgegeben zu werden pflegen, gelten nach dem Gebrauche und der Auffassung im heutigen Verkehre, wie dies auch in den einschlägigen Bestimmungen der Gesetze, Statuten und Privilegien zu Tage tritt, nur als überdies unvollkommene Legitimationspapiere, so zwar, daß der Besitzer des

---

[1]) Vergl. u. A. preuß. Ges. v. 2. März 1850, betr. die Errichtung von Rentenbanken, und v. 13. Mai 1879, betr. die Errichtung von Landeskulturrentenbanken, §§ 42, 44.

[2]) Entsch. d. vorm. R. O. H. G. X S. 213, XXIV S. 388, XXV S. 257; Entsch. d. R. G. in Civils. V Nr. 69, XIV Nr. 37.

Hauptpapieres den Vorzug behauptet. Sie werden mit der Haupturkunde von selbst bedeutungslos und kraftlos. Die frühere, allerdings auch in der Gegenwart nicht ganz verdrängte Auffassung vom Wesen des Talons ging freilich dahin, durch den Talon werde das Zinsrecht gleichsam vom Hauptrechte getrennt und besonders verbrieft, demzufolge der Talon den Karakter eines, wenn auch nur unvollkommenen, Inhaberpapieres und einen ähnlichen Karakter annehme, wie er dem Dividendenscheine beiwohnt. Talons dieser Art dürfen aus demselben Grunde übergangen werden, weshalb der Dividendenscheine hier keine Erwähnung geschieht. Daß ihre Ausstellung zulässig erscheint, ist zweifellos[1]).

§ 691.

Der in Deutschland bestehende Rechtszustand in Ansehung der Frage der Verjährung oder der Erlöschung des Anspruches aus Schuldverschreibungen auf Inhaber durch Zeitablauf ist ein äußerst mannigfaltiger[2]). Zum Theil wird ausdrücklich oder stillschweigend auf die allgemeinen Verjährungsgrundsätze verwiesen; vielfach bestehen Spezialvorschriften für gewisse Arten von Inhaberschuldscheinen. Die zahlreichen besonderen Bestimmungen bewegen sich in größter Verschiedenheit, namentlich über den Beginn der Verjährung, die Verjährungszeit und weitere erschwerende Voraussetzungen der Verjährung. Vielfach haben sie mit dem Institute der Verjährung kaum noch etwas gemein, gehen vielmehr in ein Amortisationsverfahren über, während andererseits in einer großen Zahl von Fällen, im Einzelnen unter verschiedenen Modalitäten, für den Fall der Nichtgeltendmachung des Anspruches binnen gewisser Zeit Präklusivfristen gesetzt sind. Viele Bestimmungen lassen im Zweifel, ob sie eine Verjährung oder Präklusivfristen im Auge haben. Im Interesse der Einfachheit des Rechtes und der Sicherheit des Verkehres sind einheitliche Vorschriften bringend nothwendig. *Erlöschen durch Zeitablauf. Geltendes Recht.*

Der Entwurf setzt Präklusivfristen (Abs. 1, 2) fest. Die Anwendung der allgemeinen Verjährungsgrundsätze auf Schuldverschreibungen auf Inhaber führt zu manchen Schwierigkeiten. Abgesehen von einzelnen hierbei auftauchenden Zweifeln, z. B. in der Richtung, inwiefern der Anspruch eines jeden Inhabers als ein neuer entsteht und wie der Fall zu beurtheilen ist, wenn der *Entwurf: Präklusivfrist.*

---

[1]) S. § 698; Entsch. d. R. G. in Civils. III S. 154, IV S. 141, XIV Nr. 37 S. 162 f.

[2]) Eine Uebersicht der zahllosen diesfalls in Deutschland in Geltung befindlichen Bestimmungen zu geben, wäre kaum möglich. Außer den allgemeinen Verjährungsgesetzen kommen viele Spezialgesetze für besondere Arten von Inhaberschuldbriefen, namentlich für Staatsschuldscheine oder für Zinskupons, daneben aber die Bestimmungen in zahlreichen Privilegien und Statuten in Betracht. Für Preußen s. bes. Verordn. v. 17. Januar 1820, Kabinetsordre v. 18. September 1822, Ges. v. 13. Mai 1879, betr. die Landeskulturrentenbanken, §§ 40, 43; sächs. G. B. §§ 1016, 1017, 152; württemb. Ges. v. 18. August 1879, betr. die auf Inhaber lautenden Staatsschuldscheine, Art. 3. In Bayern gilt das gemeine Verjährungsrecht. Der dresd. Entw. enthält keine besondere Bestimmung.

Aussteller selbst zeitweilig Inhaber gewesen, käme namentlich in Betracht, daß das Interesse des Ausstellers, wollte man es lediglich bei der Verjährung belassen, doch die Ausschließung verschiedener Vorschriften über die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung gebieten würde. Hierdurch entstände ein in der Mitte zwischen Verjährung und Befristung stehendes unklares Institut. Das Interesse des Ausstellers, welchem die gesetzliche Regelung zu dienen hat, erheischt einfache und klare Normen. Die Länge und der Beginn der hiernach bestimmten Präklusivfristen sind in gleicher Weise wie bei der Verjährung festgesetzt (vergl. §§ 155, 157, 158, 159); insoweit lag zu einer Abweichung kein Grund vor. Auf die Präklusivfristen finden dagegen die Gründe der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung keine Anwendung; es besteht auch kein Anlaß, diesen oder jenen Hemmungsgrund auf die fraglichen Erlöschungsfristen für anwendbar zu erklären. Die Setzung dieser Fristen durch den Entwurf hat aber nicht den Sinn, daß hierdurch die Vorschriften

Verjährung.

über die Anspruchsverjährung für die betreffenden Ansprüche ausgeschlossen werden sollten. Die allgemeinen Verjährungsgrundsätze gelten vielmehr auch für diese Ansprüche, soweit sie bei der Bemessung der Erlöschungsfristen noch Platz finden, insbesondere also, wenn trotz der Vorlegung der Urkunde die Leistung nicht erfolgt. Wesentlich dem Interesse des Ausstellers dienen die Vorschriften des Entwurfes.

Abweichende Bestimmung in der Schuldverschreibung.

Um jeden Zweifel an der dispositiven Natur der Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes zu beseitigen, ist im dritten Absatze bestimmt, daß in der Schuldverschreibung das im ersten und zweiten Absatze bestimmte Erlöschen der Ansprüche ausgeschlossen, sowie die Dauer, der Beginn und der Lauf der Erlöschungsfristen in einer von den Vorschriften des Gesetzes abweichenden Weise bestimmt werden kann. Aus dem Prinzipe des § 689 folgt ohne Weiteres, daß, wenn der Aussteller die Präklusivfrist abkürzt, die Vorschrift des § 691 also zu seinen Gunsten ändert, eine Berufung darauf ihm nur verstattet ist, wenn er die betreffende Bestimmung in die Schuldverschreibung selbst aufgenommen hat. Ebenso folgt aber andererseits aus der Natur der Schuldverschreibung auf Inhaber (§ 685), daß der Aussteller, welcher die Präklusivfrist verlängert hat, hieran gegenüber dem Inhaber als solchem auch nur gebunden ist, wenn er die Verlängerung in der Schuldverschreibung ausgesprochen hat, bezw. daß der Aussteller, falls er die von ihm bestimmte Verlängerung in der Schuldverschreibung ausgesprochen hat, an diese Bestimmung gebunden ist. Dies bringt die Vorschrift des dritten Absatzes gleichmäßig zum Ausdrucke. In Ansehung der Verjährung ist eine ähnliche Vorschrift entbehrlich, da keinem Zweifel unterliegen kann, daß dem Aussteller die Berufung auf eine von ihm etwa bestimmte Erleichterung der Verjährung gleichfalls nur verstattet ist, wenn er diese Bestimmung in die Schuldverschreibung aufgenommen hat (§ 185 Abs. 2, § 689). Vielfach finden sich aber im bestehenden Rechte Bestimmungen, welche erschwerende Erfordernisse auch hinsichtlich des Laufes und der Vollendung der Verjährung der Ansprüche der Schuldverschreibungen auf Inhaber aufstellen. Die Bestimmung solcher Erschwerungen ist künftighin in Gemäßheit des Grundsatzes des § 185 Abs. 1 unstatthaft. Es kann sich hiernach allerdings zutragen, daß die Verjährungsfrist kürzer ist,

als die Erlöschungsfrist, wenn letztere von dem Aussteller (rechtsgeschäftlich) erweitert worden ist, jene also vor der Erlöschungsfrist abläuft. Dennoch bestimmt der Entwurf keine Abweichung von dem Grundsatze des § 185 Abs. 1. Es besteht hierfür in der That kein Bedürfniß. Die Verjährungsfrist für die Hauptschuldverschreibungen mit dreißig Jahren (§ 155) ist so geräumig, daß damit allen Eventualitäten voll genügt wird. Die Zulassung von Erweiterungen oder sonstigen Erschwerungen dieser Verjährung führte geradezu zu einem Konflikte mit den der Bestimmung der Präklusivfrist zu Grunde liegenden Motiven und würde äußerst mißliche Schwierigkeiten schaffen. In Ansehung der Zinsscheine, Rentenkupons und Gewinnantheilscheine besteht jenes Bedürfniß so wenig, daß umgekehrt das Verkehrsinteresse dringend erheischt, im Wege des Gesetzes dafür zu sorgen, daß die gedachten Scheine alsbald nach der Fälligkeit aus dem Umlaufe gebracht werden, zu welchem Ende gerade die kurze Präklusivfrist gesetzt ist. Dem Uebelstande, daß, wenn die Erlöschungsfrist über die Verjährungsfrist hinaus erweitert oder ihr Beginn von erschwerenden Umständen abhängig gemacht wird, der Nehmer des Papieres leicht getäuscht werden kann, ließe sich nur dadurch vorbeugen, daß geradezu bestimmt würde, eine solche Erweiterung oder Erschwerung der Erlöschungsfrist gelte auch von Rechtswegen für die Verjährung. Hierzu ist aber um so weniger Anlaß gegeben, als es sich fast durchgehends um Geldpapiere handelt, zu deren Ausgabe Staatsgenehmigung nöthig ist (§ 701), die Zentralbehörden daher in der Lage sind, der Erweiterung ꝛc. der Erlöschungsfrist entgegenzutreten.

Den Zinsscheinen sind im Sinne dieses und der folgenden Paragraphen die sogenannten Rentenkupons gleichzustellen (vergl. sächs. Ges. v. 6. Juni 1876). Rentenkupons.

§ 692.

Die Doktrin hat es noch zu keiner Uebereinstimmung der Ansichten über die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit der Kraftloserklärung von Inhaberpapieren gebracht, wenn auch neuerdings die Mehrzahl der Schriftsteller sich für dieselbe ausspricht. Die Zulässigkeit der Kraftloserklärung von Inhaberpapieren kann aus der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere und der an sie geknüpften Verbindlichkeiten nicht gefolgert werden. Das Bedürfniß einer Abhülfe gegen die Gefahren, welche aus dem Wesen der Inhaberpapiere und des Verkehres mit denselben dem in Verlust gekommenen Inhaber drohen, bildet die legislatorische Rechtfertigung des Institutes der Kraftloserklärung. Dieses Bedürfniß, dessen Befriedigung zur Steigerung des Kredites für das betreffende Papier beitragen kann, hat sich auch in Deutschland frühzeitig geltend gemacht. Heutzutage hat die Anschauung, daß im Falle des Verlustes oder der Vernichtung von Inhaberpapieren ein Mittel zur Abwendung der hieraus dem Verlustträger entstehenden Nachtheile unerläßlich sei, in sämmtlichen Staaten Deutschlands, mit Ausnahme Bayerns, sowie in der Reichsgesetzgebung zur gesetzlichen Regelung der Amortisirbarkeit der Inhaberpapiere, zumal der Schuldverschreibungen auf Inhaber, und des hierzu nöthigen Verfahrens, soweit letzteres nicht in der Zulässigkeit der Kraftloserklärung.

C. P. O. festgelegt ist, geführt. Daß diese Anschauung auch außerhalb Deutschlands durchgedrungen ist und ihre gesetzliche Befriedigung verlangt hat, beweist die Gesetzgebung in Frankreich und in der Schweiz[1]. Demgemäß bestimmt der Entwurf, daß abhanden gekommene oder vernichtete Schuldverschreibungen auf Inhaber der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens (C. P. O. 9. Buch §§ 823 ff., §§ 837 ff.) unterliegen. Es lag kein Grund vor, die Amortisirbarkeit nur auf die eine Geldzahlung verheißenden Papiere zu beschränken, während in Ansehung derjenigen Inhaberpapiere, welche eines obligatorischen Karakters entbehren, die Entscheidung über die Amortisirbarkeit der Regelung der einschlagenden Rechtsmaterien, bezw. hinsichtlich der Inhaberaktien dem Einführungsgesetze vorbehalten bleiben muß. Ausgenommen von der Amortisation sind in Uebereinstimmung mit dem fast allerseits geltenden Rechte[2] Zinsscheine, Rentenkupons und Gewinnantheilscheine, sowie alle auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen. Letztgenannte Ausnahme entspricht dem reichsgesetzlichen Ausschlusse der Amortisation der Banknoten (Reichsbankges. v. 14. März 1875 § 4) und beruht auf der geldähnlichen Natur und Funktion solcher Papiere. Für Zinsscheine, Rentenkupons und Gewinnantheilscheine erheischen die besondere Natur dieser meist über kleine Beträge lautenden Papiere und die in Folge dessen aus der Amortisirbarkeit derselben drohenden Gefahren den grundsätzlichen Ausschluß der Amortisation. Bei der Einlösung sehr zahlreicher Papiere dieser Art würde überdies die Kontrole eine ganz unverhältnißmäßige, auch den Gläubiger beschwerende Mehrarbeit erfordern. Hinsichtlich dieser Papiere ist in § 697 der nöthige Ersatz gewährt. Erneuerungsscheine (Talons) sind nach dem Entwurfe gleichfalls nicht amortisationsfähig, was aus der Auffassung folgt, daß sie keine Schuldverschreibungen auf Inhaber, sondern vom Hauptpapiere abhängige Legitimationspapiere sind (vergl. § 698). Die Vorschrift des § 692 ist jedoch insofern nur eine dispositive, als es dem Aussteller der Urkunde (Staat, Korporation, Privaten) überlassen bleibt, die Zulässigkeit der Amortisation der Hauptschuldverschreibungen in dieser selbst auszuschließen. Selbstverständlich wird auch durch die reichsgesetzliche Regel des § 692 in Ansehung der nach dem seitherigen Rechte zu beurtheilenden Schuldverschreibungen auf Inhaber die Frage der Zulässigkeit der Amortisation nicht berührt.

Voraussetzungen.

Ausnahmen.

Die Frage, ob über das Aufgebotsverfahren weitere Vorschriften, als die in der C. P. O. und dem Einf. Ges. zu derselben enthaltenen, reichsgesetzlich zu erlassen sind, bleibt dem Einführungsgesetze vorbehalten.

---

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 849—858; ein franz. Ges. v. 15. Juni 1872 gewährt dem Eigenthümer eines titre au porteur émis par les départements, les communes et les établissements publics, qui en est dépossédé par quelque évènement, que ce soit, die Möglichkeit einer Restitution in einem genau geregelten Verfahren.

[2]) S. auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 858 und das erwähnte franz. Ges. Art. 8. Neuestens schließt auch das oldenb. Ges. v. 3. Februar 1888, betr. die Kraftloserklärung der Inhaberpapiere, die Amortisation von Zinsscheinen und Gewinnantheilscheinen grundsätzlich aus.

§ 693.

Der Entwurf (Abs. 1) führt neben der Verpflichtung des Aufgebotsgerichtes, auf Antrag des Antragstellers den Aussteller der Schuldverschreibung 2c. von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen, das landesgesetzlich schon vielfach bestehende Institut der Zahlungssperre (Einf. Gef. zur C. P. O. § 15 Nr. 2) als Folge des Aufgebotsverfahrens reichsgesetzlich ein[1]). Für den Verlustträger ist die Zahlungssperre von besonderer Bedeutung, weil er, nicht mehr Inhaber der Urkunde, keine Rechte gegen den Aussteller hat und deshalb ihm der Antrag auf eine einstweilige Verfügung oder auf Sicherheitsarrest gegen den Aussteller nicht zusteht. Die Zahlungssperre wird jedoch nur in Folge des Antrages auf Benachrichtigung des Ausstellers angeordnet. Es besteht kein Grund, von der Regel abzuweichen, daß in Fällen der vorliegenden Art das Gericht nicht von Amtswegen das Interesse des Antragstellers wahrzunehmen hat. Die gegentheilige Bestimmung würde den Gerichtsbehörden eine Verantwortlichkeit auflegen, welche schwer zu rechtfertigen wäre. Die Zahlungssperre erfolgt mit der Benachrichtigung von der Einleitung des Verfahrens als Zahlungsverbot, gerichtet an den Aussteller und die in der Schuldverschreibung oder von dem Antragsteller bezeichneten Zahlstellen. Ein richterliches Verbot muß, um als solches zu wirken, sich auch als Verbot kundgeben. In Abs. 3 ist der Fall besonders vorgesehen, wenn zwar die allgemeinen Erfordernisse des Aufgebotes, wie sie sich aus den Bestimmungen des Entwurfes und der C. P. O. ergeben, erfüllt sind, gleichwohl aber kraft einer für die betreffende Schuldverschreibung maßgebenden besonderen Anordnung das Aufgebot selbst erst nach Ablauf einer besonderen Frist erlassen werden kann, so daß die Einleitung des Aufgebotsverfahrens unstatthaft erscheint. Auch in diesem Falle muß die Erlassung des Zahlungsverbotes auf Antrag zulässig sein, und ist das Verbot solchenfalls nach Maßgabe des § 825 der C. P. O. öffentlich bekannt zu machen. Das Leistungsverbot ist überdies, wie sich aus Abs. 1 und 3 ergiebt, wenn einmal auf Antrag erlassen, dem Aussteller immer sofort von Amtswegen zuzustellen. *Benachrichtigung des Ausstellers vom Aufgebotsverfahren. Zahlungssperre,*

Eine dem Verbote, dessen Inhalt Abs. 1 angiebt, zuwider geschehene Leistung ist gegenüber dem Antragsteller unwirksam. Daß von diesem Verbote jedoch die Zahlung der fällig werdenden, vor dem Verbote ausgegebenen Zinsscheine, Rentenkupons und Gewinnantheilscheine nicht betroffen wird (Abs. 2), entspricht den Vorschriften des § 690 über Zinsscheine. *Wirkung derselben;*

Die Bezeichnung „Erneuerungsschein" schließt sich an den Vorgang des § 149 des Str. G. B. an.

§ 694.

In zahlreichen Landesgesetzen ist die Hemmung der Verjährung (§ 161 Abs. 1) an das Aufgebotsverfahren geknüpft. Für die Reichs- und die *Hemmung der Verjährung 2c.*

---

[1]) Es besteht z. B. (zum Theil allerdings von Amtswegen zu erlassen) in Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Oldenburg, Braunschweig, Anhalt, Schwarzburg-Rudolstadt, Hamburg, Bremen.

preußischen Staatsschuldenpapiere ist die Hemmung der Verjährung durch das Aufgebotsverfahren wenigstens in der Praxis anerkannt. Die Vorschrift des § 162 Abs. 1 greift hier nicht Platz, weil es sich im Falle des Verlustes des Papieres nicht um ein nur der Rechtsverfolgung entgegenstehendes rechtliches Hinderniß handelt, vielmehr davon auszugehen ist, daß das Gläubigerrecht des Verlustträgers selbst, weil an die Inhabung des Papieres geknüpft, mit dessen Verlust an sich verloren ginge. Aus billiger Rücksichtnahme auf diese dem Inhaber durch den Verlust der Verschreibung erwachsene Lage ist jedoch zu seinen Gunsten die Hemmung der Verjährung als Folge des Aufgebotsverfahrens durch positive Vorschrift festzusetzen. Dies gilt gleichermaßen in Ansehung der Erlöschungsfrist (§ 691). Der Entwurf verbindet diese Wirkung für die Präklusivfrist wie für die Verjährungsfrist mit dem in § 693 bezeichneten Verbote, gleichviel, ob dieses bei, nach oder vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens erlassen wird. Diese Regelung schließt sich passend der Vorschrift an, daß die Zahlungssperre ein richterliches Verbot erfordert. Der Verlustträger hat es hiernach in der Hand, die Hemmung durch den Antrag auf das Zahlungsverbot, dessen Folge sie ist, herbeizuführen. Die Hemmung wirkt rückwärts auf den Zeitpunkt, in welchem das Zahlungsverbot beantragt ist (Satz 2). Der Entwurf hat aber nothwendig auch die Dauer der Hemmung zu bestimmen. Sie endigt mit der Erledigung des Aufgebotsverfahrens, falls aber das Zahlungsverbot vor Einleitung des Verfahrens erlassen worden ist (§ 693 Abs. 3), auch dann, wenn die Einleitung des Verfahrens nicht binnen sechs Monaten von dem Zeitpunkte an beantragt wird, in welchem das der Einleitung entgegenstehende Hinderniß beseitigt war (Satz 3). Diese Bestimmung ist nöthig, um die Verzögerung des Antrages auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens und die ungemessene Dauer der Sperre zu verhüten.

§ 695.

Rechte aus dem Ausschlußurtheile: auf Zahlung,

Derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist berechtigt, die in der Schuldverschreibung versprochene Leistung nach Eintritt der Fälligkeit von dem Aussteller zu fordern (vergl. C. P. O. § 850). Ueberdies wird der Aussteller, entsprechend den ähnlichen Bestimmungen vieler Landesgesetze[1]), auch für verpflichtet erklärt, jenem auf Verlangen, gegen Vorschuß der Kosten, an Stelle der für kraftlos erklärten Schuldverschreibung eine neue Schuldverschreibung zu ertheilen. Diese Verpflichtung ist nicht davon abhängig erklärt, daß die Schuldverschreibung noch nicht fällig ist; denn der Antragsteller kann unter Umständen ein besonderes Interesse haben, trotz der Fälligkeit in den Besitz einer Verschreibung zu gelangen. Ueber die Form der neuen Schuldverschreibung bestimmt der Entwurf nichts, insbesondere nicht, daß sie dieselbe Form, wie die frühere, haben müsse. Dies wäre zu beengend; auch muß z. B. der Aus-

auf Ertheilung einer neuen Verschreibung.

---

[1]) Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Oldenburg, Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Coburg-Gotha, Anhalt, Reuß ä. L. und j. L., Schaumburg-Lippe, Bremen, Hamburg, Elsaß-Lothringen; schweiz. Bd. Ges. Art. 836.

steller im Falle einer noch nicht beendigten Massenemission befugt sein, an Stelle der amortisirten Verschreibung eine neue aus der Zahl der noch nicht emittirten Verschreibungen zu geben. Nach dem Entwurfe ist auch statthaft, daß in Gemäßheit der preuß. Verordn. v. 3. Mai 1828 (§ 4) und des R. Ges. v. 12. Mai 1873 (§ 6) dann, wenn die Verbriefung des bezüglichen Theiles der Staats- bezw. Reichsschuld schon geschlossen ist, an Stelle der für kraftlos erklärten Schuldverschreibungen dieser Gattung nur Anerkenntnisse in vorgeschriebener Form ertheilt werden.

Die in einzelnen Landesgesetzen sich findende Bestimmung, wonach der Verlustträger berechtigt ist, eine auf die betreffende Verschreibung während des Aufgebotsverfahrens fällig werdende Leistung gegen Sicherheitsleistung zu fordern oder deren Hinterlegung zu verlangen, eignet sich nicht zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch. Insoweit es sich um bereits vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches ausgegebene Schuldverschreibungen handelt, steht die dem Einführungsgesetze vorbehaltene Bestimmung über die rückwirkende Kraft des Gesetzbuches in Frage; soweit es sich um später ausgestellte Schuldverschreibungen handelt, ist die Bestimmung zumal im Hinblicke auf die Parteiautonomie kein Bedürfniß.

§ 696.

Aufhebung des Ausschlußurtheiles,

Die auf die Anfechtungsklage sich beziehenden Vorschriften der C. P. O. (§§ 834, 835) lassen dem Zweifel Raum, ob nicht auch das auf diese Klage erlassene, das Ausschlußurtheil aufhebende Urtheil in gleicher Art, wie das Ausschlußurtheil selbst, in rem (oder gegen Jedermann) wirkt und ob nicht gar diese Wirkung auch die Vergangenheit ergreift. Es ist dringend nöthig, den Aussteller gegen die ihm aus einer solchen Auffassung drohenden Gefahren zu sichern. Zu dem Behufe dient und genügt die Vorschrift des Entwurfes, wonach im Falle der Aufhebung des Ausschlußurtheiles in Folge der Anfechtungsklage Leistungen, welche der Aussteller auf Grund des Ausschlußurtheiles *ohne Kenntniß* von der Aufhebung desselben bewirkt hat, auch gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber dem Anfechtungskläger wirksam bleiben. Wie die Fassung der Vorschrift zeigt, muß dem Aussteller bewiesen werden, daß er zur Zeit der Leistung die fragliche Kenntniß bereits erlangt hatte (vergl. § 304).

Wirkung auf frühere Leistungen.

§ 697.

Verlust von Zinsscheinen ꝛc.

Geltendes Recht.

Zur Sicherung gegen den aus dem Abhandenkommen von Zinsscheinen, Rentenkupons und Gewinnantheilscheinen dem Inhaber drohenden Verlust sind in der Gesetzgebung verschiedene Wege eingeschlagen. Abgesehen von den seltenen Fällen, in welchen auch wegen dieser Papiere das Amortisationsverfahren mit folgender Kraftloserklärung vorgeschrieben ist, wird dem Verlustträger auf einfache Anzeige von dem Verluste bei dem Aussteller Zahlung nach dem Ablaufe der Präklusivfrist oder der Verjährungszeit, wenn sich innerhalb derselben kein Besitzer des Scheines meldete, zugesagt, da und dort diese

Zusage auch an eine Glaubhaftmachung des Besitzes und Verlustes geknüpft oder Anzeige bei Gericht verlangt, welches causa cognita Zahlung nach eingetretener Verjährung verfügt; alternativ mit diesem Wege ist auch dem Inhaber der Hauptschuldverschreibung im Falle der Verlustanmeldung beim Aussteller Zahlung vor Ablauf der Verjährung in Aussicht gestellt. Anderwärts ist überhaupt nur dem Inhaber der Haupturkunde im Falle rechtzeitiger Verlustanzeige beim Aussteller ein Anspruch auf Hinterlegung und nach Ablauf der Verjährungszeit auf Auszahlung eingeräumt. Endlich wird vielfach der Verlustträger auf den Weg der Erwirkung gerichtlicher Zahlungssperre verwiesen[1]).

Standpunkt des Entwurfes: Rechtfertigung.

Der Grundsatz der Nichtamortisirbarkeit der betreffenden Verschreibungen darf für die Regel dem Aussteller nicht zum Vortheile gereichen. Das bürgerliche Gesetzbuch hat, wenn dies der Natur der Sache nach auch nur durch eine Dispositivnorm geschehen kann, dem Verlustträger ein Mittel an die Hand zu geben, um sich sein Gläubigerrecht möglichst zu wahren. Hierbei muß vor Allem das System, welches an ein Zahlungsverbot (die Zahlungssperre) anknüpft, verworfen werden. Dasselbe steht im Widerspruche mit dem Grundsatze der Nichtamortisirbarkeit der Zinsscheine ꝛc., sofern die gerichtliche Zahlungssperre mit Wirkung auch gegen den Präsentanten des Zinsscheines ꝛc. eine Art von Amortisation enthält, also die großen Nachtheile, welche die Amortisationsfähigkeit der Zinsscheine ꝛc. im Gefolge hat, wieder einzuführen drohte. Ueberdies aber ist dieses System bei Massenemissionen z. B. des Reiches oder Preußens, ja auch größerer Korporationen nicht oder nur mit der größten Belästigung für den Aussteller und ganz unverhältnißmäßigem Aufwande an Zeit und Kosten durchführbar, indem der Aussteller genöthigt wäre, bei der Einlösung der Zinsscheine ꝛc. sorgfältig zu prüfen, ob nicht der eine oder andere Zinsschein gesperrt ist. Die Schwierigkeit einer solchen überdies mit großem Zeit- und Kostenaufwande verbundenen Prüfung liegt auf der Hand. Die Zahlstellen würden gar nicht im Stande sein, die Einlösung prompt zu bewirken; die Einlösung müßte sich also ungebührlich verzögern, woraus sich schwer zu übersehende Nachtheile ergeben müßten. Wenn gleichwohl das System in einzelnen Staaten (z. B. Württemberg) bisher zu keinem Uebelstande geführt hat, so können doch die erwähnten Uebelstände auch dort sich künftig geltend machen. Jedenfalls steht der Annahme des Systemes, wie bemerkt, das Prinzip der Nichtamortisirbarkeit der Zinsscheine ꝛc. im Wege. Auch das System, wonach der Inhaber der Haupturkunde (nach Aufhebung des Anspruches aus einem der letzteren beigegebenen Zinsscheine ꝛc.) die Zahlung des aus dem Zinsscheine ꝛc. geschuldeten Betrages von dem Aussteller fordern kann, wenn er dem Aussteller vor der Aufhebung des Anspruches den Verlust des Scheines angezeigt und der Aussteller den Schein nicht anderweit eingelöst hat, verdient keine Billigung. Es begünstigt in einseitiger Weise den Inhaber der Hauptschuldverschreibung, während doch der Verlierer des Zinsscheines ꝛc. in erster Reihe den Schutz des Gesetzes in Anspruch nehmen

[1]) Vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 857.

kann, und führt insofern zu großen Verwickelungen, als die mitunter schwer zu ordnenden Rechtsbeziehungen zwischen dem Inhaber der Hauptschuldverschreibung und dem Verlierer noch in Frage kämen. Es erfordert überdies besondere Vorschriften für den Fall, wenn die Hauptschuldverschreibung zugleich mit dem Zinsscheine ꝛc. in Verlust geriethe und für die Zinsscheine ꝛc. nur eine kurze Erlöschungsfrist besteht oder noch liefe. Vor diesen und anderen Regelungen verdient der vom Entwurfe eingeschlagene Weg, um dem Verlierer das Gläubigerrecht möglichst zu wahren, den Vorzug. Derjenige, welchem ein Zinsschein, Rentenkupon oder Gewinnantheilschein abhanden gekommen oder vernichtet worden ist, hat hiernach, bevor die betreffende Verschreibung durch Ablauf der Erlöschungsfrist oder durch Verjährung kraftlos geworden ist, dem Aussteller den Verlust anzuzeigen. Hierdurch wahrt er sich sein Gläubigerrecht; diese Verlustanzeige hemmt gewissermaßen die ursprüngliche Erlöschungs- und Verjährungsfrist zu Gunsten des sich meldenden Verlierers. Den Beweis dieser Anzeige hat sich der Verlustträger zu sichern. Zu diesem Behufe kann er sich der Vermittelung eines Gerichtsvollziehers bedienen (arg. § 75). Er kann, wenn der Anspruch durch den Ablauf der Erlöschungsfrist oder der Verjährung aufgehoben ist und er auf Verlangen des Ausstellers den Verlust beweist, von dem Aussteller die in dem Scheine versprochene Leistung fordern. Bloße Glaubhaftmachung (C. P. O. § 266) kann allerdings in dieser Richtung nicht für genügend erachtet werden. Es ist der Beweis der betreffenden Thatsachen zu verlangen. Hierdurch wird jedoch weder der Verlierer des Papieres zu hart getroffen noch die betreffende Verwaltung, welcher die Prüfung des Beweises obliegt, zu sehr belästigt. Dieser Beweis kann nur in seltenen Fällen direkt geführt werden und wird in den meisten Fällen aus der Inhabung des Hauptpapieres und dem Umstande, daß der Zinsschein innerhalb der Frist nicht vorgelegt worden, überzeugend sich ergeben. Der Anspruch gegen den Aussteller findet jedoch nicht statt, wenn der Aussteller nachweist, daß er den Schein vor dem Zeitpunkte, in welchem der Anspruch aus demselben durch Ablauf der Erlöschungsfrist oder der Verjährung erloschen ist, eingelöst hat. Die bloße Präsentation des Scheines ohne Einlösung kommt nur insoweit in Frage, als sie der Aufhebung des Anspruches des Inhabers als Folge des Ablaufes der Erlöschungsfrist entgegensteht. Der Aussteller wird aber allein durch die Verlustanzeige noch nicht an wirksamer Einlösung des Scheines auf Präsentation vor jenem Zeitpunkte gehindert. Wie erhellt, wird durch dieses System ohne Nachtheil für den Inhaber und Präsentanten des betreffenden Zinsscheines ꝛc. und ohne daß man mit dem Grundsatze der Nichtamortisirbarkeit in Widerspruch geräth, demjenigen, welchem der Zinsschein ꝛc. abhanden gekommen ist, ein einfacher Weg geöffnet, um zur Bezahlung zu gelangen. Diese Regelung entspricht auch zahlreichen gesetzlichen oder statutarischen Einrichtungen und wird vielfach sogar da, wo entsprechende Bestimmungen fehlen, wegen ihrer Wirkungen auf die Aufnahme des Papieres im Verkehre thatsächlich gehandhabt. Inhalt der Vorschrift.

Der in § 697 dem Verlustträger gegen den Aussteller gewährte Anspruch muß einer kurzen **Verjährung** unterworfen werden (Abs. 1 Satz 3). Der Entwurf setzt die Verjährungsfrist auf vier Jahre fest (vergl. § 691 Abs. 2, § 157). Verjährung.

Ohne diese Bestimmung entstände der Zweifel, ob eine neue Erlöschungs- und Verjährungsfrist von der früheren Dauer beginne. Diese in Abs. 1 Satz 3 festgesetzte Verjährung beginnt nach allgemeinen Grundsätzen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann (§ 158), d. h. mit dem Zeitpunkte, in welchem die Erlöschungs- oder Verjährungsfrist abgelaufen ist.

Die Vorschrift des § 697 gilt, wie schon zu § 690 angedeutet ist, für alle Zinsscheine 2c. ohne Rücksicht auf die Zeit des Verlustes, insbesondere also auch für die erst nach der Einlösung des Hauptpapieres fällig werdenden Zinsscheine 2c.

Ausschließung der Vorschrift durch den Aussteller.

Auf welche Weise der Aussteller die Anwendung der Dispositivvorschrift des § 697 ausschließen kann, mag zweifelhaft sein, da der in Frage stehende Anspruch zwar durch die Schuldverschreibung, aber nicht für deren Inhaber begründet ist. Die in Abs. 2 vorgeschriebene Ausschließung in der Urkunde schließt sich jedenfalls zweckmäßig an das Prinzip des § 689 an. Daneben aber soll für die Emissionen der Bundesstaaten der Ausschluß der Vorschrift des § 697 durch das Landesgesetz offen gehalten werden (s. Anm. 1 zu § 697). Die Reichsgesetzgebung ist immer in der Lage, den in dem Vorbehalte für die Landesgesetzgebung bezeichneten Weg zu betreten.

§ 698.

Verlust eines Erneuerungsscheines (Talons).

Die in § 698 für den Fall des Verlustes eines auf den Inhaber lautenden Erneuerungsscheines (§ 693 Abs. 1 Satz 2) gegebene Vorschrift entspricht wie der heute herrschenden Auffassung von dem Wesen eines solchen Scheines, so dem in dem überwiegenden Theile Deutschlands bestehenden gesetzlichen Zustande[1]), insbesondere auch dem Bundesges. v. 9. November 1867 (§ 2), auf welches die späteren Reichsanleihegesetze Bezug nehmen. Die Anzeige von dem Verluste genügt; in ihr liegt schon der Widerspruch gegen die Auslieferung neuer Zins- oder Dividendenscheine an den Präsentanten des Erneuerungsscheines. Der Inhaber der Schuldverscheibung kann sich behufs der Anzeige von dem Verluste des Erneuerungsscheines an den Aussteller der Vermittelung eines Gerichtsvollziehers bedienen, um sich den Beweis der Anzeige zu sichern.

Die Vorschrift des § 698 stellt zugleich die Auffassung des Entwurfes vom juristischen Wesen derartiger Erneuerungsscheine zur Genüge klar. Wie schon zu § 690 bemerkt worden, ist jedoch § 698 keine lex absoluta und der Aussteller befugt, dem Erneuerungsscheine die Eigenschaft eines Inhaberpapieres durch besondere Bestimmung beizulegen, indem er dem Inhaber der Haupturkunde das Recht auf Empfangnahme der neuen Zinsscheine entzieht.

---

[1]) Preuß. Ges. v. 18. März 1869. So nach den maßgebenden Gesetzen für Preußen, Sachsen, Württemberg, Sachsen-Weimar, Bremen; vergl. Reichsbankges. v. 19. März 1875 § 4.

§ 699.

In vielen neueren Gesetzen[1]) findet sich die Bestimmung, daß der Aussteller einer schadhaft gewordenen und deshalb zum Umlaufe nicht mehr geeigneten, übrigens in den wesentlichen Merkmalen als der konkrete Schein noch erkennbaren Schuldverschreibung auf Inhaber auf Verlangen und Kosten des Inhabers diesem an Stelle des zurückzugebenden schadhaften Stückes, wie im Falle des § 695, eine neue Schuldverschreibung zu ertheilen verpflichtet sei. Da der Aussteller eines Inhaberschuldscheines mit dem Papiere jedem Inhaber vor Allem auch den Vortheil der Negoziabilität zuwenden will, wesentlich in Rücksicht hierauf in den häufigsten Fällen solche Papiere erworben werden und mit der Neuausstellung für den Aussteller keine Belästigung verbunden ist, so empfiehlt sich die Aufnahme dieser auch sonst unbedenklichen Bestimmung. Aehnliches bestimmen zahlreiche Statuten. Ein besonderes Ediktalverfahren für diese selteneren Fälle ist kein Bedürfniß. Durch die Neuausstellung werden die etwaigen Ansprüche eines Dritten aus dem Papiere selbstverständlich nicht berührt.

Schadhaftwerden &c. einer Schuldverschreibung.

Wo der Inhaber die nach § 699 vorgeschriebene Voraussetzung für den Anspruch auf die Ertheilung einer neuen Schuldverschreibung nicht erfüllen, nämlich nicht ein solches Stück der zu Schaden gekommenen Schuldverschreibung vorlegen kann, daß diese noch in ihrer Individualität erkannt werden kann, ist er auf den Weg des Aufgebotsverfahrens, bezw. in Ansehung von Zinsscheinen, Rentenkupons und Gewinnantheilscheinen auf den Weg des § 697 zu verweisen, falls diesfalls die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

§ 700.

Festmachung der Schuldverschreibung auf Inhaber.

Mit der Anknüpfung des Gläubigerrechtes aus einer Schuldverschreibung auf Inhaber an die Inhabung der Urkunde und mit der schon partikularrechtlich sowie nach dem H. G. B. (Art. 306, 307) bestehenden Beschränkung der Eigenthumsverfolgung[2]) in Ansehung dieser Papiere ist unleugbar eine nicht geringe Gefahr für den jeweiligen Inhaber verbunden. Häufig sind die Inhaber solcher Papiere auch in der Lage, ihre darin angelegten Kapitalien durch einen längeren Zeitraum im ruhigen Zinsengenusse sich zu erhalten und mithin von einer Weiterbegebung des Papieres abzusehen. Bei der Anlegung von Mündelgeldern insbesondere tritt dieser Fall ein, ebenso bei Papieren, welche Gemeinden, sonstige Kommunalverbände, Stiftungen &c. erwerben. Auch im Interesse der Depositalbehörden schien es gelegen, durch Abschneidung jener Gefahren eine Minderung ihrer Verantwortlichkeit herbeizuführen, wie eine Erhöhung der Sicherheit bei den mittels Inhaberpapieren geleisteten Amtskautionen angestrebt wurde. Bei Familienfideikommissen endlich sollte die Zugehörigkeit von Inhaberpapieren und die Veräußerungsbeschränkung des Fideikommißbesitzers zum

---

[1]) Z. B. Preußen (Ges. v. 4. Mai 1843 und Verordn. v. 16. August 1875 §§ 14 ff.), Sachsen, Württemberg, Sachsen-Weimar, Bremen; vergl. Reichsbankges. v. 14. März 1875 § 4.

[2]) S. Entwurf §§ 877—879.

Ausdrucke gebracht werden. Die Rücksicht auf diese und ähnliche Verhältnisse hat namentlich in Deutschland, neben der Amortisation, verschiedene Institute in das Leben gerufen, durch welche, vermöge einer theilweisen oder totalen Veränderung der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere, die Erreichung jener Zwecke angestrebt wird, nämlich die Außerkurssetzung, welcher die Wiederinkurssetzung gegenübersteht, die Vinkulirung bezw. Devinkulirung und die Umwandlung der Inhaberpapiere in Namenpapiere durch einen Akt des Ausstellers bezw. die Rückverwandelung in Inhaberpapiere[1]).

Verschiedene Arten: Einseitige Außerkurssetzung;

Das Wesen des Systemes der Außerkurssetzung, welches im Einzelnen mit vielen Modifikationen in Preußen, Sachsen, Braunschweig, Oldenburg, Sachsen-Weimar, Coburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Sondershausen, Sachsen-Altenburg, Waldeck, Reuß ä. L., Lippe-Detmold, Bremen gesetzlich eingeführt und geregelt ist, karakterisirt sich dadurch, daß entweder durch einen Vermerk des Inhabers selbst auf dem Papiere oder auf seinen Antrag durch Vermerk einer Behörde auf dem Papiere dieses als einer bestimmten Person gehörig bezeichnet wird. Daneben findet sich auch eine unpersönliche Außerkurssetzung, d. h. die Zulassung eines Vermerkes auf dem Papiere, durch welchen die Verkehrsentziehung ohne Nennung der Person, für welche sie erfolgt, zum Ausdrucke gebracht wird. In den genannten Staaten sind über die Form der Außerkurssetzung, über die Zuständigkeit der Behörden, welche dieselbe vorzunehmen haben, über die Fälle, in denen der Inhaber die Außerkurssetzung selbst bewirken kann, mannigfache Detailvorschriften gegeben worden. Außerdem besteht nach einzelnen Gesetzen noch eine Außerkurssetzung durch einen den Regeln des emittirenden Institutes gemäßen Vermerk, wonach also die in den Statuten diesfalls maßgebenden Vorschriften maßgebend sind. Soweit diese die Mitwirkung der Organe des Institutes vorschreiben, nähert sich die Außerkurssetzung dem Systeme der Verwandelung in Namenpapiere durch Inskription des Emittenten oder ist mit demselben identisch. In Mecklenburg geschieht die Außerkurssetzung, soweit sie überhaupt als zuläßig erachtet wird, durch das Organ des Emittenten, womit wiederum ein Mittelding zwischen Außerkurssetzung und der Verwandelung in ein Namenpapier geschaffen ist. Anlangend die Wirkung der Außerkurssetzung, so war überall der Ausschluß der gesetzlichen Beschränkungen der Vindikabilität der Inhaberpapiere Zweck und Ziel, wobei häufig außer Kurs gesetzte Papiere in Ansehung der Kraftloserklärung den Inhaberschuldverschreibungen gleichgestellt sind. Außerdem sind verschiedene Wirkungen der Außerkurssetzung angegeben: daß das Papier insofern aufhöre, Inhaberpapier zu sein, als es dem freien Verkehre entzogen, ihm die Zahlbarkeit an jeden Inhaber genommen sei oder von dem Aussteller die Zahlung oder Ausreichung neuer Kupons erst nach erfolgter Wiederinkurssetzung ver-

---

[1]) Vergl. z. B. H. G. B. (R. Ges. v. 18. Juli 1884) Art. 175a Ziff. 3, Art. 209a Nr. 3, R. Einf. Ges. zum H. G. B. v. 5. Juni 1869 § 3 B. 6; C. P. O. § 724, preuß. Ges. v. 10. März 1877, sächs. Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 6. März 1879 § 3; oldenb. Gesetze v. 5. April 1867 und 3. Februar 1888 (Bekanntmachung des oldenb. Staatsministeriums v. 22. Mai 1885); brem. Vormundsch. O. v. 14. Mai 1882 § 60 und Gesetz über das Verfahren bei der Außer- und Wiederinkurssetzung von demselben Datum.

langt werden könne, oder daß der Aussteller dem jeweiligen Inhaber nur dann mit liberirender Wirkung zahlen könne, wenn im Papiere die Außerkurssetzung ausgeschlossen oder die Identität des Präsentanten mit der Person, zu deren Gunsten die Außerkurssetzung erfolgte, bezw. die Legitimation des Präsentanten nachgewiesen sei. Insbesondere ist in Preußen (Ges. v. 16. Juni 1853) nur den öffentlichen Behörden das Recht verblieben, Außerkurssetzungen mit unbedingter Wirkung gegenüber dem Aussteller des Papieres vorzunehmen, während in dem Falle, wo eine Privatperson den Vermerk auf die Urkunde gesetzt hat, der Aussteller nur dann hierdurch gebunden wird, wenn ihm von dem Abhandenkommen der Urkunde Mittheilung gemacht oder eine gerichtliche Beschlagnahme derselben erfolgt ist. Wie die Außerkurssetzung, erfolgt auch die Wiederinkurssetzung in verschiedenen Formen.

Umschreibung auf den Namen durch den Aussteller;

Die Verwandelung der Inhaberpapiere durch Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten, auf Antrag vorgenommen durch den Aussteller selbst oder unter dessen Mitwirkung (Inskription), ist bekannt oder gesetzlich anerkannt und geregelt in Bayern, Württemberg, Baden, Mecklenburg, Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt, Lübeck, Hamburg[1]). Durch die Umschreibung auf Namen wird den Papieren der Karakter von Inhaberpapieren abgestreift und werden sie fortan bis zu der etwa zulässigen Wiederaufhebung der Umschreibung (durch den Aussteller) in allen Richtungen rechtlich wie Namenpapiere beurtheilt. In einigen Landesgesetzen werden allerdings umgeschriebene Schuldverschreibungen noch in Ansehung der Kraftloserklärung den Inhaberschuldverschreibungen an die Seite gestellt.

Vinkulirung.

Die Vinkulirung, welche neben der Umwandlung durch Umschreibung auf den Namen in Bayern besteht, ist insoweit, als sie nicht in gleicher Weise wie bei letzterer durch den Aussteller bewirkt wird, ein eigenthümliches Institut. Sie erfolgt in gewissen Fällen, namentlich, wenn Dienstkautionen durch Hinterlegung von Inhaberpapieren geleistet werden, durch die Abgabe der Vinkulationserklärung auf dem Papiere seitens des die Kaution leistenden Beamten selbst und die Uebergabe des mit dieser Erklärung versehenen Papieres an die Behörde, bei welcher die Kaution zu leisten ist. Diese Vinkulirung bezweckt, den Verzicht des Kaventen auf die Disposition über das Papier, das Verhältniß, in Beziehung auf welches die Disposition entzogen und die Kaution geleistet ist, zum förmlichen Ausdrucke zu bringen, und wird als Pfandbestellung mit erweiterter Form aufgefaßt, welche aber neben der Pfandwirkung noch die weitere Bedeutung hat, daß fortan (bis zur Devinkulirung) auf das Papier die Grundsätze über Inhaberpapiere keine Anwendung mehr finden[2]).

Regelmäßig ist die Außerkurssetzung, Namensüberschreibung und Vinkulirung nur bei den Hauptpapieren und Talons zulässig, nicht auch bei den Zinsscheinen und Gewinnantheilscheinen.

---

[1]) Vergl. bad. Ausf. Ges. zu den R. Just. Gesetzen v. 3. März 1879 § 105, hamb. Ges. v. 4. Juli 1879 (§ 1), lüb. Ges. v. 29. Mai 1850 (§ 13).

[2]) Das Institut der Vinkulirung besteht auch in Oesterreich, angewendet bei Dienstkautionen und Fideikommissen.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß in einzelnen deutschen Bundesstaaten verschiedene Systeme — Umschreibung und Außerkurssetzung oder Umschreibung und Vinkulirung — neben einander anerkannt sind. In einzelnen Staaten, so auch in Elsaß-Lothringen, ist weder das eine, noch das andere System geregelt oder bekannt[1]).

Gründe gegen die Außerkurssetzung.

Das System der Außerkurssetzung (und Wiederinkurssetzung) ist in Deutschland und namentlich in Preußen von lange her bis auf die neueste Zeit von gewichtigen zum Theil öffentlichen Autoritäten und von berufenen Vertretern des Handelsstandes wegen seiner hohen Gefährlichkeit und der großen mit ihm verbundenen Belästigungen im inländischen wie ausländischen Verkehre heftig und beharrlich angefochten. Aus denselben Gründen, sowie wegen seiner angeblichen Unvereinbarkeit mit dem Wesen der Inhaberpapiere wird es auch in der Doktrin angefochten und seine Beseitigung lebhaft befürwortet. In gleichem Sinne hat sich der deutsche Juristentag ausgesprochen[2]).

Wenn, wie bejaht werden muß, reichsgesetzlich nur eines der verschiedenen Systeme der sog. Festmachung der Inhaberschuldverschreibungen zuzulassen ist, so hat man von der Außerkurssetzung abzusehen. Abgesehen von den der letzteren unleugbar entgegenstehenden, im Wesen der Schuldverschreibungen auf Inhaber begründeten, juristischen Bedenken und der Schwierigkeit, das Institut einfach und dadurch brauchbar zu gestalten (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 41 S. 139), wäre bei den unzweifelhaften Nachtheilen des Institutes für den Verkehr die reichsgesetzliche Einführung desselben, also auch in Gebiete, wo es seither unbekannt ist, nur im Falle eines unabweisbaren Bedürfnisses gerechtfertigt. Ein solches ist aber heutzutage nicht vorhanden, weder für Private, noch für Vormünder, Korporationen oder Behörden. Die jetzigen Mittel für sichere Aufbewahrung von Werthpapieren, die heutzutage nahezu überall eingeführten scharfen Kontrolen über diejenigen Behörden, welche Inhaberpapiere aufzubewahren haben, waren früher nicht in demselben Maße bekannt oder gebräuchlich. Daneben bietet die Uebergabe von Inhaberpapieren an die Reichsbank, an die Reichsbankhauptstellen oder Reichsbankstellen, oder an andere mit der Verwahrung von Werthpapieren sich befassende zuverlässige Anstalten in einer Mehrzahl von Fällen einen ausreichenden Schutz gegen die aus der Natur der Inhaberpapiere drohenden Gefahren und einen Ersatz für die einseitige Außerkurssetzung. Der Entwurf schreibt insbesondere auch nur die Hinterlegung der auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen des Mündels durch den Vormund oder die Umschreibung auf den Namen des

---

[1]) Das Ausland betreffend, so kennt Belgien die private Außerkurssetzung, läßt aber nur Wiederinkurssetzung durch das Gericht zu; in Holland ist die Außerkurssetzung nicht anerkannt, die Umschreibung in den Gesetzen nicht berührt, in Frankreich nur die Umschreibung zulässig. In England ist für Konsols, Schatzscheine und gewisse andere öffentliche Obligationen eine eigenthümliche Art der dauernden Umwandlung in eingetragene Fonds, wie einer nur temporären Umwandlung eingeführt.

[2]) Vergl. Verhandlungen des VII. deutschen Juristentages I S. 123—166, 168—181, II S. 48—66, 271—273.

Mündels vor (§ 1670). Hierzu kommt nun in mehreren Staaten, neben Preußen in Sachsen[1]), das Institut des Staatsschuldbuches, durch dessen Benutzung, zumal bei weiterer Entwickelung desselben für den in Frage stehenden Zweck, in den betreffenden Staaten die beste und sicherste Gelegenheit geboten ist, um sich jenen Gefahren zu entziehen, falls der von dem Entwurfe (§ 700) reichsgesetzlich gebotene Weg verschlossen ist oder nicht benutzt werden soll.

Hiernach verwirft der Entwurf (§ 700) die einseitige Umschreibung einer auf Inhaber lautenden Schuldverschreibung auf den Namen eines Berechtigten, sei es durch den jeweiligen Inhaber, sei es durch eine Behörde, und erklärt andererseits eine derartige Umschreibung nur dann für zulässig und wirksam, wenn sie durch den Aussteller erfolgt. Durch solche Umschreibung wird das seitherige Inhaberpapier seiner Inhabereigenschaft entkleidet; es wird Namenpapier. Die Vorschriften dieses Titels finden fortan keine Anwendung auf das umgeschriebene Papier, insolange das Papier nicht in ein Inhaberpapier rückverwandelt ist, was selbstverständlich auch nur durch den Aussteller geschehen kann. Daß allein eine solche Umwandlung der Schuldverschreibung auf Inhaber in ein Namenpapier juristisch sich begründen läßt, ist zweifellos. Ohne den Willen des Ausstellers kann die Schuldverschreibung auf Inhaber nicht in eine solche auf Namen, die an erstere sich knüpfende, besonderen Rechtsregeln unterliegende Forderung nicht in eine nach den gewöhnlichen Rechtsnormen zu beurtheilende Forderung verwandelt werden. Die Verwandelung erfordert das Einverständniß zwischen Inhaber und Aussteller, sowie streng genommen die Einziehung des Inhaberbriefes und die Ausstellung einer neuen, der veränderten Rechtslage entsprechenden Urkunde von Seiten des Ausstellers. Wird der Inhaberbrief von dem Aussteller auf den Namen des dermaligen Inhabers umgeschrieben, so ist darin nur ein kurzes Verfahren für die erwähnte Umwandlung zu finden, welches mit unleugbaren Vortheilen verbunden ist, dessen Zulässigkeit für den zu erreichenden Zweck auch keinem Bedenken unterliegt.

Entwurf: Umschreibung auf den Namen durch den Aussteller.

Dem Aussteller kann aber nicht die Verpflichtung gesetzlich auferlegt werden, dem Verlangen des Inhabers auf Umwandlung durch Umschreibung zu entsprechen. Es bleibt ihm anheimgestellt, die Umwandlung in der Urkunde zu versprechen. Im Hinblicke hierauf erscheint auch überflüssig, die Zulässigkeit der Umschreibung durch positive Bestimmung auf Hauptschuldverschreibungen und Talons zu beschränken. Der Aussteller, welcher jede Umwandlung ablehnen kann, kann dies selbstverständlich auch in der Beschränkung auf Zinsscheine, Gewinnantheilscheine ꝛc. Ihm bleibt ferner anheimgestellt, die Förmlichkeiten der Umschreibung auf den Namen und der Rückverwandelung autonomisch festzustellen.

Neben der Umschreibung auf den Namen hat auch die Vinkulirung von Inhaberpapieren, sofern und soweit sie in etwas Anderem besteht, als in der Zuschreibung des Papieres auf den Namen einer bestimmten Person durch den Aussteller, keinen Anspruch auf reichsgesetzliche Zulassung und Regelung. Dieses Institut müßte, wofür keinerlei Bedürfniß besteht, aus einem deutschen Bundesstaate (Bayern) erst auf ganz Deutschland übertragen werden.

Gründe gegen die Vinkulirung.

---

1) Preuß. Ges. v. 20. Juli 1883; sächs. Ges. v. 25. April 1884.

§ 701.

Recht zur Ausstellung von Schuldverschr. auf Inhaber.

Schon zu § 685 ist bemerkt, daß der Entwurf in Uebereinstimmung mit der in der Doktrin und Praxis herrschenden Ansicht[1]) die Ausstellung bezw. Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Inhaber im Prinzipe freigiebt. Dies entspricht auch der prinzipiellen Auffassung des in Deutschland geltenden Rechtes. In einer größeren Zahl deutscher Bundesstaaten ist jedoch die Ausgabe von Inhaberpapieren, durch welche sich der Aussteller zur Zahlung einer (bestimmten) Geldsumme an jeden Inhaber verpflichtet, von vorgängiger staatlicher Autorisation abhängig gemacht oder in anderer Weise beschränkt (vergl. bes. preuß. Ges. v. 7. Juni 1833, auf die neu erworbenen Landestheile ausgedehnt durch Verordn. v. 17. September 1867 und Ges. v. 25. Februar 1878, sächs. Ges. v. 7. Juni 1846, sächs. Einf. Ges. zum H. G. B. v. 30. Oktober 1861 § 17, sächs. G. B. § 1040 rc.)[2]). Die Tendenz der Gesetzgebung geht unzweifelhaft auf eine solche Beschränkung der Emission von Inhaberpapieren der bezeichneten Art; sie wird auch aus weiten Kreisen des Handelsstandes befürwortet. Jene Tendenz ist, abgesehen von den jetzt schon durch die Reichsgesetzgebung gezogenen Schranken[3]), als eine wohlbegründete anzuerkennen. Nicht nur zum Schutze des Publikums gegen Ausbeutung durch schwindelhafte Unternehmungen, sondern auch um Störungen des Staatskredites durch eine unbeschränkte Emission von Privatschuldverschreibungen der bezeichneten Art zu verhüten, ist die Beschränkung der Ausgabefreiheit geboten. Diese Gründe treffen aber nur zu in Ansehung solcher Schuldverschreibungen, in denen vom Aussteller die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird. Ueber das hierdurch beschränkte Bedürfniß hinauszugehen, wäre um so bedenklicher, als es für die Ausstellung gewisser Papiere, insbesondere von Dividendenscheinen, große Unzuträglichkeiten herbeiführen würde.

Staatsgenehmigung bei Geldversprechen.

Der Entwurf bindet deshalb die Ausstellung und Emission von Schuldverschreibungen, in welchen dem Inhaber die Zahlung einer bestimmten Geldsumme von dem Aussteller versprochen wird, an das Erforderniß der Staatsgenehmigung. Von der Vorschrift des § 701 werden die von dem Reiche oder einem Bundesstaate ausgestellten Schuldverschreibungen selbstverständlich nicht betroffen, wie vorsorglich besonders bestimmt ist.

Als Mittel der staatlichen Beschränkung sind allerdings verschiedene Wege empfohlen und in der deutschen wie außerdeutschen Gesetzgebung an-

---

1) Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XVII S. 151 ff.

2) Das schweiz. Bd. Ges. verlangt keine staatliche Genehmigung (Art. 846 ff.); vergl. auch Art. 413 (schriftliche Anweisungen zur Zahlung an jeden Inhaber), Art. 832 (Check auf Inhaber). Der württemb. Entw. von 1862 (Art. 1) erklärte Staatsgenehmigung für erforderlich; desgl. der dresd. Entw. Art. 81, jedoch mit Vorbehalt abweichender landesgesetzlicher Vorschriften.

3) S. zu § 685: R. Ges. v. 8. Juni 1871, Reichsbankges. v. 14. März 1875, W. O. Art. 4 Ziff. 3, Art. 96 Ziff. 3.

gewendet: Staatsgenehmigung zur Ausgabe von auf Inhaber lautenden, ein Geldversprechen enthaltenden Papieren überhaupt oder nur zur Massenemission solcher Papiere; Festsetzung eines Minimalbetrages für die Papiere; eine Kombinirung dieses Weges mit dem Erfordernisse der Staatsgenehmigung; auch die Aufstellung von Normativbestimmungen. Das Erforderniß der Staatsgenehmigung, und zwar für Verschreibungen der in § 701 bezeichneten Art überhaupt, ist allein ohne Verletzung zu beachtender Interessen zweckentsprechend und durchführbar. Es ist klar, daß in der staatlichen Genehmigung und der vorgängigen staatlichen Prüfung keine staatliche Garantie für das Unternehmen erblickt werden kann oder darf. Die berufenen staatlichen Organe sind aber in der Lage, aus dem Gesichtspunkte des nöthigen Schutzes des Publikums wie des Staatskredites nicht nur die Emission zu versagen, sondern vor Allem auf die Gestaltung der Emissionsbedingungen einzuwirken und hiervon die Ertheilung der staatlichen Genehmigung abhängig zu machen.

Zuständige Behörde.

Die Staatsgenehmigung wird durch die Zentralbehörden der Bundesstaaten ertheilt (Abs. 3 Satz 1). Bei der Wichtigkeit des Gegenstandes und da die in einem Bundesstaate ertheilte Genehmigung weit über dessen Gebiet hinauszuwirken pflegt, empfiehlt sich nach dem Vorgange einer nicht geringen Zahl ähnlicher Reichsgesetze[1]) nicht allein eine einheitliche Regelung der Zuständigkeit, sondern auch die Beilegung der letzteren an die Zentralbehörden. Hierbei versteht sich von selbst, daß das Staatsrecht der einzelnen Bundesstaaten darüber entscheidet, ob die Zentralbehörde vor Ertheilung der Genehmigung die landesherrliche Zustimmung einzuholen hat.

Der Entwurf enthält sich einer Vorschrift darüber, von welchem Staate die Genehmigung zu ertheilen ist, insbesondere, daß sie von demjenigen Staate zu ertheilen sei, in welchem der Aussteller seinen Wohnsitz oder Sitz habe. Derlei Bestimmungen wären gefährlich; von dem Präjudize der Nichtigkeit (Abs. 2) würden hiernach auch diejenigen Papiere getroffen, deren Ausgabe von einem anderen als dem zuständigen Staate genehmigt wäre, woraus eine bedenkliche Unsicherheit im Verkehre und eine Menge von Streitigkeiten entstehen könnten, während der Zweck der Vorschrift durch eine vorübergehende Domizilverlegung doch leicht zu vereiteln wäre.

Wirkung der Zuwiderhandlung.

Das ohne Staatsgenehmigung in Verkehr gelangte Papier ist nichtig (§ 108). Der Aussteller ist den Inhabern für den durch die Ausgabe verursachten Schaden verhaftet (Abs. 2). Der Entwurf folgt hier dem Vorgange des H. G. B. (Art. 173, 207a, jetzt R. Ges. v. 18. Juli 1884 Art. 181a, 215c), während die bestehenden Landesgesetze die auf die Zuwiderhandlung

---

[1]) Vergl. z. B. Gew. O. (R. G. Bl. v. 1883 S. 177 ff.) §§ 38, 80, 98, 98b, 98c, 102, 104, 104c, 138, 142, 155 (Bekanntmachung v. 25. September 1869, B. G. Bl. S. 635); Ges. v. 15. Juni 1883, betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, §§ 12—14, 17, 43, 48; Unfallvers. Ges. v. 6. Juli 1884 §§ 93, 109, Ges. v. 28. Mai 1885 §§ 2, 10, Ges. v. 5. Mai 1886 §§ 16, 20, 21, 26, 50—52, 81, 100, 102, 113, 129; Ges. v. 6. Februar 1875, betr. die Beurkundung des Personenstandes, § 8; Verordn. v. 1. April 1876 IIIb, 2 u. s. w.

gesetzten Folgen in verschiedener Weise bestimmen[1]). Von dem Prinzipe der Nichtigkeit allein kann, will man auf dem Gebiete des Zivilrechtes bleiben, die Erreichung des Zweckes des Verbotsgesetzes erwartet werden. Vorschriften strafrechtlicher Natur oder Vorschriften, welche den zuständigen Behörden die Pflicht auferlegten, den Aussteller zur Einlösung und Außerverkehrsetzung der Papiere zu zwingen, sind vom bürgerlichen Gesetzbuch zu vermeiden, auch neben dem Prinzipe der Nichtigkeit und der Schadensersatzpflicht kein Bedürfniß. Nothwendig ist aber die Bestimmung, welche den Aussteller schlechthin den Inhabern zum Ersatze des durch die Ausgabe verursachten Schadens verpflichtet. Die Bestimmung ist keineswegs selbstverständlich, namentlich nicht für solche Fälle, in welchen der Inhaber nicht der erste Nehmer des Papieres ist oder in welchen der Inhaber hätte wissen können, daß das Papier ohne staatliche Genehmigung ausgestellt worden ist (§ 222). Auch für solche Fälle und abgesehen von dem Vorliegen eines Betruges rechtfertigt sich die Verpflichtung des Ausstellers zum Schadensersatze, weil ohne solche durchgreifende Bestimmung der Zweck des Verbotsgesetzes gänzlich verfehlt würde. Die erste Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist, daß der Aussteller das Papier ausgegeben hat. Daß das Papier in den Verkehr gelangt ist, gilt, abweichend von der Vorschrift des § 686 über die Verpflichtung des Ausstellers zur Erfüllung des Schuldversprechens, nicht als genügend. Weitere Voraussetzung ist, daß die Schuldverschreibung vor der erlangten Staatsgenehmigung ausgegeben ist. Wenn aber diese Genehmigung erfolgt ist, so kommt es, ebenso wie in Ansehung der Nichtigkeit, nicht darauf an, ob sie öffentlich bekannt gemacht (Abs. 3) oder in den Schuldverschreibungen erwähnt ist. Sind die bezeichneten Voraussetzungen vorhanden, so tritt die Schadensersatzpflicht ein, ohne Rücksicht darauf, ob die Entstehung des Schadens von dem Aussteller vorausgesehen wurde oder vorausgesehen werden mußte.

Publikation der staatlichen Genehmigung. Die Vorschrift, daß die erfolgte Staatsgenehmigung nebst den näheren Bestimmungen, unter welchen sie ertheilt worden ist, öffentlich bekannt gemacht werden soll (Abs. 3), hat, wie bemerkt ist und der Wortlaut zeigt, nicht den Sinn, daß die Publikation zur Wirksamkeit der Staatsgenehmigung gehört und diese erst mit der Publikation in Kraft tritt (vergl. Abs. 2). Eine solche Anordnung, so erhebliche Vortheile sie in mancher Hinsicht in Aussicht stellen möchte, wäre bedenklich, weil mit dem schwerwiegenden Uebelstande verbunden, daß die ohne Publikation der Genehmigung ausgegebenen Schuldverschreibungen nichtig wären. Die Publikation hat ferner nicht die Bedeutung, daß die Verpflichtungen des Ausstellers sich nicht allein nach dem Inhalte des Papieres, sondern auch nach den publizirten Bedingungen bestimmten, unter welchen die Genehmigung ertheilt worden, selbst wenn das Papier auf dieselben nicht besonders verwiese. Auch eine solche Anordnung wäre mißlich. Die Bedingungen

---

[1]) Geldstrafe und Einlösungszwang sowie Vernichtung der Papiere in Preußen (Entsch. d. R. G. in Civils. XIV Nr. 24 S. 102 ff.), Baden, Sachsen-Meiningen; Nichtigkeit (sächs. G. B. § 1040, dresd. Entw. Art. 81); Nichtigkeit und Schadensersatzpflicht (Mecklenburg, Braunschweig); beides und Geldstrafe (Oldenburg), Strafe und Einziehung im Verwaltungswege (Sachsen-Weimar).

der Staatsgenehmigung können nur insofern zur Ergänzung des Papieres dienen, als dieses mindestens auf dieselben Bezug nimmt (§§ 685, 689). Eine Frage für sich ist, ob, falls die Ausgabe den Bedingungen der Genehmigung zuwider erfolgte, die Genehmigung als nicht erfolgt und das Papier demgemäß als nichtig anzusehen ist. Die Zentralbehörden werden auch, um solcher Nichtigkeit vorzubeugen, gewiß, soweit die Bedingungen wesentlich sind, auf die Uebereinstimmung des Papieres mit denselben bezw. darauf dringen, daß das Papier auf dieselben deutlich Bezug nimmt. Die Vorschrift der Publikation hat hiernach den Karakter einer Ordnungsvorschrift („soll"). Durch sie wird das Publikum in den Stand gesetzt, sich darüber zu vergewissern, ob die Genehmigung ertheilt worden oder nicht, und ersterenfalls unter welchen Bedingungen die Genehmigung ertheilt wurde. Auf die ausnahmslose Befolgung der Vorschrift kann im Hinblicke auf die ausschließliche Zuständigkeit der Zentralbehörden mit Sicherheit gerechnet werden. Der erwähnte Zweck bringt es mit sich, die Publikationen für das ganze Reich in einem Blatte — im Reichs-Anzeiger — zu konzentriren. Daß die Zentralbehörden daneben auch die Publikation in amtlichen Blättern der einzelnen Staaten anordnen können, versteht sich von selbst. Im Uebrigen kann nicht durch das bürgerliche Gesetzbuch bestimmt werden, welche einzelnen Bedingungen mindestens publizirt werden sollen. Es kann sich insbesondere nicht darum handeln, den Zentralbehörden eine Anweisung zu ertheilen, auf welche einzelnen Punkte bei der Prüfung, ob die Genehmigung zu ertheilen, Rücksicht zu nehmen sei oder welche Punkte vor der Ertheilung der Genehmigung der Erledigung oder Feststellung bedürften.

Vollziehung der Schuldverschr. eines Bundesstaates.

Die Vorschrift des vierten Absatzes giebt im Anschlusse an den im ersten Absatze zu Gunsten der Schuldverschreibungen der Bundesstaaten gemachten Vorbehalt jedem Bundesstaate freie Hand, auch über die Art der Vollziehung der von ihm ausgestellten Schuldverschreibungen durch Gesetz zu bestimmen. Wird hiervon Gebrauch gemacht, so ist insbesondere der in § 685 Abs. 3 vorgeschriebene Vermerk in der Urkunde selbst nicht erforderlich.

§ 702.

Billete, Karten, Marken ꝛc.

Die in § 702 bezeichneten Urkunden unterscheiden sich von den eigentlichen Schuldverschreibungen auf Inhaber dadurch, daß sie regelmäßig den Gegenstand der Leistung gar nicht oder nur sehr unvollkommen, oft nicht einmal den Aussteller ergeben, auch fast durchgehends der Vollziehung entbehren.

Rechtliche Bedeutung

Ihre Bedeutung kann eine verschiedene sein. Mitunter wohnt ihnen nur der Karakter einer Legitimationsurkunde bei, andererseits ist nicht ausgeschlossen, daß sie gerade so wie die Schuldverschreibungen auf Inhaber dem jeweiligen Inhaber ein selbständiges, nicht abgeleitetes Gläubigerrecht verschaffen sollen; häufig ist der rechtliche Karakter ein gemischter. In der Anerkennung der Schuldverschreibungen auf Inhaber mit ihren eigenartigen Wirkungen liegt an sich noch kein Grund, die Anerkennung auch auf jene Urkunden auszudehnen. Diese Anerkennung entbehrt jedoch nicht einer gewissen Konsequenz und erscheint durch das Bedürfniß geboten, da der Verkehr unleugbar solche andere Urkunden (Billete, Karten, Marken ꝛc.) in Menge aufweist, welchen nach dem Willen des

Ausstellers eine gleiche oder ähnliche Wirkung, wie den Inhaberschuldverschreibungen, zukommen soll. Wenn das Gesetz sich schweigend verhielte, so würden solche Urkunden mit der bezweckten rechtlichen Wirkung nicht ausgegeben werden können. Aus der nothwendigen Zulassung folgt andererseits keineswegs, daß jede Urkunde der fraglichen Art durchgehends nach den für die Schuldverschreibungen auf Inhaber geltenden Normen zu beurtheilen wäre. Der in jedem Falle, erforderlichenfalls an der Hand der Verkehrssitte, zu ermittelnde Wille des Ausstellers muß in dieser Beziehung den Ausschlag geben, welcher Wille insbesondere auch für die Vorfrage entscheidend in Betracht kommt, ob nicht eine bloße Legitimationsurkunde vorliege. Mögen auch diese Ermittelungen mitunter schwierig sein, so liegt hierin kein Grund, die Zulassung abzulehnen. Gegen die Zulassung ist auch nicht der für die eigentlichen Schuldverschreibungen auf Inhaber geltende Grundsatz maßgebend, wonach die Schuldverschreibung für sich allein in Ansehung des Rechtsverhältnisses bestimmend ist und daher sowohl den Schuldner als den Inhalt der Verpflichtung ergeben, auch von dem Schuldner unterschrieben sein muß (§§ 685, 689). Denn bei den fraglichen Urkunden sind es dem Aussteller gegenüber anderweit zu erweisende Thatsachen, welche zur Ersetzung des mangelhaften Inhaltes oder der mangelhaften Beschaffenheit der Urkunde dienen. Auch bei ihnen steht das Versprechen des Ausgebers, dem jeweiligen Inhaber zu leisten, im Vordergrunde und bildet für die juristische Konstruktion den Schwerpunkt. Die Besonderheit besteht nur darin, daß die Urkunde nicht zugleich das Versprechen, den Schuldner, und vor Allem nicht den Kreis der vorbehaltenen Einreden ergiebt. Das Gesetz kann jedoch bei der Vielgestaltigkeit des Verkehres über die Zulassung solcher Urkunden hinaus bezüglich derselben nicht bestimmen, welcher Wille des Ausstellers zu vermuthen sei. Die Unvollkommenheit der Regelung ist bei der Lage der Dinge ein nicht zu vermeidendes Uebel. Steht im Einzelfalle bei der Ausgabe von derartigen Billeten, Marken, Karten ꝛc. der Wille des Ausstellers fest, dem jeweiligen Inhaber zu einer Leistung verpflichtet zu sein, so genügt die entsprechende Anwendbarkeit der Bestimmungen in § 685 Abs. 1, §§ 687, 688, 689. Von den übrigen Bestimmungen könnten etwa noch diejenigen in den §§ 699, 700 in Betracht kommen; die Anwendbarkeit des ersteren ist jedoch kein Bedürfniß, die Vorschrift des letzteren insoweit entbehrlich, als auch nach dem geltenden Rechte Urkunden der fraglichen Art einer willkürlichen Umwandlung nicht ausgesetzt sind.

nach dem Willen des Ausstellers.

Anwendung der Vorschr. über Schuldverschr. auf Inhaber.

§ 703.

Qualifiz. Legitimationspapiere.

Recht der Leistung an den Inhaber.

Im Verkehre hat sich eine Art von Urkunden von besonderer Bedeutung von lange her entwickelt und Geltung verschafft, deren gemeinsames Wesen bei mannigfaltiger Ausbildung der äußeren Gestalt darin beheht, daß der Aussteller zwar nur eine bestimmte Person, bezw. deren wirklichen Rechtsnachfolger als Gläubiger, somit als forderungsberechtigt anerkennt, dem Aussteller aber die Bewirkung der versprochenen Leistung an jeden Inhaber (Präsentanten) der Urkunde ohne Legitimationsprüfung mit Liberationseffekt gestattet sein soll, — die sog. qualifizirten Legitimationspapiere (z. B. viele Leihhaus-

scheine, Sparkassenbücher ꝛc.). Ist in der Urkunde der auf ein so gestaltetes Schuldverhältniß gerichtete Wille zu erkennen, so ist auch anzunehmen, daß der Aussteller dem Inhaber ohne Prüfung der Legitimation mit der Wirkung der Liberirung von dem Anspruche des Gläubigers leisten darf, dagegen dem Inhaber als solchem zu leisten nicht verpflichtet, vielmehr Beweis für die Erwerbung der Forderung zu verlangen berechtigt ist. Denn nur das Interesse des Ausstellers daran, daß er ohne weitere Legitimationsprüfung dem Inhaber, gerade wie wenn er der wirkliche Gläubiger wäre, solle leisten können, hat diese Papiere hervorgerufen. Schuldverschreibungen auf Inhaber sind sie nicht, unterliegen also auch nicht den besonderen aus deren Wesen fließenden Rechtsgrundsätzen. Der Entwurf beschränkt sich nach dem Vorgange des dresd. Entw. (Art. 22) darauf, das gekennzeichnete Verhältniß des Schuldners zum Inhaber und die sich hieraus ergebende Rechtsfolge der Bewirkung der versprochenen Leistung an den Inhaber auszusprechen (vergl. sächs. G. B. § 1048), übrigens nicht als bloße Interpretationsregel, indem, wenn einmal im Einzelfalle der bezeichnete Sinn der Urkunde klar vorliegt, auch das Rechtsverhältniß nur das in § 703 bezeichnete sein kann.

Der Entwurf enthält keine Normen über die Schuldverschreibungen an Ordre. Diese Papiere haben sich im Wechselrechte entwickelt und in der W. O. ihren Sitz. Die Aufstellung solcher Normen bleibt deshalb der Revision des Handelsrechtes und Wechselrechtes vorbehalten, was nicht ausschließt, daß hierbei auf die Vorschriften des Entwurfes über die Schuldverschreibungen auf Inhaber Rücksicht zu nehmen ist. Schuldverschreibungen an Ordre.

Dritter Abschnitt.
Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

Erster Titel.
Allgemeine Vorschriften.

§§ 704, 705.

Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen.

In den §§ 704—721 giebt der Entwurf allgemeine Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (zivilrechtlichen Delikten), insbesondere über Voraussetzung, Umfang und Dauer (Verjährung) der Schadensersatzpflicht. In den §§ 722—736 folgen Bestimmungen über einige Spezialdelikte, soweit wegen solcher etwas Besonderes vorzuschreiben war.

Geltendes Recht.

Nach röm. Rechte hatte nicht jeder außerhalb bestehender kontraktlicher Verhältnisse durch Schuld eines Anderen Verletzte einen Anspruch auf Schadensersatz. Vielmehr standen ihm Ansprüche nur dann zu, wenn der Thatbestand eines der anerkannten Delikte vorlag. Dies gilt insbesondere von der lex Aquilia in deren Verhältniß zur Haftung wegen dolus. Die Haftung wegen dolus ist nach röm. Rechte zwar eine allgemeine ohne Rücksicht auf Art und Gegenstand der Beschädigung; bloße culpa, auch culpa lata, ist in dieser Hinsicht aber dem dolus nicht gleichgestellt. Nach der auf Sachbeschädigungen zunächst beschränkten lex Aquilia genügt zur Begründung des Schadensersatzanspruches zwar jede culpa auf Seite des Handelnden. Andererseits ist aber die Haftung nach dem aquilischen Gesetze auch in der Ausdehnung, welche sie schon im röm. Rechte und noch mehr, deutschen Rechtsanschauungen entsprechend, durch den Gerichtsgebrauch erhielt, soweit die Ausdehnung unbestritten feststeht, jedenfalls immer noch hinsichtlich des Gegenstandes der Beschädigung und hiermit des Kreises der Entschädigungsberechtigten beschränkt (s. S. 766 ff.)[1]. Die moderne Gesetzgebung regelt die Schadensersatzpflicht aus Delikt vorwiegend auf einheitlicher, allgemeiner Grundlage. Schon das preuß. A. L. R. (I, 6 §§ 1, 7—9, 10 ff.) statuirt die Schadensersatzpflicht, unter Absehen von einem bestimmten Thatbestande hinsichtlich der Thatsachen, durch welche die Beschädigung ver-

---

[1]) Vergl. Windscheid §§ 451, 455; Seufferts Archiv XXX Nr. 146, XXXI Nr. 36; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. X Nr. 92, XIII Nr. 136, XXIV Nr. 33; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 86, VII Nr. 44, IX Nr. 36, X Nr. 39.

ursacht, oder der Objekte, welche beschädigt worden, als Folge jeder widerrechtlichen Schadenszufügung durch Eingriff in die Rechtssphäre des Beschädigten. Doch wird im Sinne des preuß. A. L. R. (wie nach gemeinem Rechte) als ein solcher Eingriff, somit als eine deliktmäßige Beschädigung, nicht angesehen der Eingriff in blos obligatorische Verhältnisse und Rechtsbeziehungen, und weiter macht sich geltend die dem preuß. A. L. R. eigenthümliche Abstufung der Verschuldung in Ansehung der Verpflichtung zum Schadensersatze bezw. des Umfanges dieser Verpflichtung[1]). Ebenso bestimmen das österr. G. B. (§§ 1295, 1305, 1323, 1331 ff.) und der code civil (Art. 1382, 1383) die Schadensersatzpflicht im Allgemeinen als die Folge widerrechtlicher schuldhafter Schadenszufügung, jenes im Anschlusse an das preuß. A. L. R. verschieden nach der Art der Verschuldung, der code civil ohne solche Unterscheidung[2]). Das sächs. G. B. stellt die allgemeine Regel auf, daß, wer widerrechtlich die Rechte eines Anderen verletzt, im Falle der Verschuldung schadensersatzpflichtig ist (§§ 116, 117, 773, 774, 776), wobei es übrigens eingehende Vorschriften über Spezialdelikte, insbesondere über Sachbeschädigung (§§ 1483 ff.), giebt[3]). Die neueren deutschen Entwürfe normiren desgleichen die Schadensersatzpflicht auf der Basis des Grundsatzes, daß Jedermann die Rechtssphäre Anderer zu achten und sich eines jeden widerrechtlichen Eingriffes in dieselbe zu enthalten habe. Aus der Verletzung dieses allgemeinen Rechtsgebotes entspringt die Verpflichtung zum Schadensersatze. Freilich, was Alles unter den Begriff der Rechtssphäre Anderer bezw. des Eingriffes in solche im Sinne dieses Gebotes fällt, erhellt auch aus den Bestimmungen dieser Entwürfe nicht unzweideutig[4]). Während endlich das zür. G. B. (§§ 1827 ff.) die Schadensersatzpflicht an unerlaubte Handlungen bestimmten Inhaltes oder bestimmter Qualifikation knüpfte, spricht das schweiz. Bd. Ges. (Art. 50) allgemein aus, daß, wer widerrechtlich einem Anderen Schaden zufüge, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, demselben zum Ersatze verpflichtet werde[5]).

Soll ein in allen Fällen ausreichender Schutz gegen unerlaubte Handlungen gewährt werden, so ist die Schadensersatzpflicht nicht an einzelne bestimmte, möglicherweise nicht erschöpfend gestaltete Delikte zu knüpfen, sondern allgemein als die mögliche Folge einer jeden unerlaubten Handlung hinzustellen. Entwurf:

Der Entwurf bezeichnet als unerlaubte Handlung im Sinne der Schadensersatzpflicht, welche nicht auf Rechtsgeschäft beruht, die widerrechtliche Handlung. Der Mangel einer gesetzlichen Erlaubniß hat keine Bedeutung; was nicht 1. Widerrechtlichkeit der Handlung.

---

[1]) Dernburg II § 297 Note 10; Eccius I §§ 44, 89, 90, II §§ 151, 152; vergl. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XIII Nr. 136; Entsch. d. R. G. in Civils. III Nr. 86, X Nr. 20.

[2]) S. auch österr. G. B. § 1327 (hinsichtlich des Kreises der Beschädigten resp. Ersatzberechtigten); für den code civil s. Zachariä II §§ 443, 444.

[3]) S. Siebenhaar, Komm. I zu § 116 S. 157 f.

[4]) Hess. Entw. IV, 1 Art. 206 ff., 2 Art. 661 ff., bayr. Entw. Art. 52 ff., 941 ff., dresd. Entw. Art. 211, 212, 1007 ff.

[5]) Zür. G. B. §§ 1827 ff. (Strafbarkeit der beschädigenden Handlung, dolose Beschädigung, schuldhafte Beschädigung Jemandes am Körper oder an Sachen). S. Schneider und Fick zum schweiz. Bd. Ges. Art. 50 f. S. 68—71.

widerrechtlich ist, ist erlaubt. Widerrechtlich aber ist vor Allem das Handeln gegen ein absolutes Verbotsgesetz. Doch kommen hierbei nicht blos solche Gesetze in Betracht, welche unmittelbar ein Verbot zum Gegenstande haben, vielmehr auch diejenigen, welche mittelbar, insbesondere in der Form einer Strafandrohung, ein Verbot enthalten. Bei solchen Verboten giebt die Strafandrohung durch die bestimmten Voraussetzungen der Strafbarkeit die Grenzen des Verbotes. Wird nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht, so kann die nur fahrlässige Handlung auf Grund des in dem Strafgesetze enthaltenen Verbotes nicht als widerrechtlich angesehen werden, unbeschadet der Bedeutung anderer Umstände (§ 704 Abs. 1).

a) Handl. gegen absolute Verbotsgesetze,

Ebenso zweifellos widerrechtlich ist die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechtes (§ 704 Abs. 2). Es liegt in dem Begriffe eines solchen subjektiven Rechtes, daß jeder Dritte dasselbe achten muß und nicht verletzen darf. Doch ist die Verletzung nur eine Rechtswidrigkeit gegenüber dem Berechtigten, während das gesetzliche absolute Verbot einem Jeden zum Schutze dient. Durch ein dem Handelnden zustehendes eigenes Recht, die Handlung oder Unterlassung vorzunehmen, wird die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen, weil das Recht eines Anderen stets als Beschränkung des eigenen Rechtes zu verstehen ist; und auch abgesehen von einem dem Handelnden zustehenden subjektiven Rechte, die Handlung vorzunehmen, gestattet das Gesetz unter Umständen die Verletzung des absoluten Rechtes eines Anderen (vergl. §§ 186—189), so daß die Widerrechtlichkeit der Verletzung ausgeschlossen wird.

b) Verletzung absoluter Rechte Anderer,

Der Entwurf stellt in § 705 noch eine fernere Kategorie widerrechtlicher Handlungen auf. Mit gewisser Beschränkung sollen nämlich als widerrechtlich auch solche Handlungen gelten, deren Vornahme gegen die guten Sitten verstößt. Die Beschränkung ist die, daß dem Handelnden nicht ein subjektives Recht zur Vornahme der Handlung zustehen darf, daß vielmehr die Handlung an sich nur kraft der allgemeinen Freiheit, weil sie nicht verboten ist, erlaubt ist.

c) illoyale Handlungen.

Es ist eine alte Klage, das geltende materielle Recht sei, von dem franz. Rechte abgesehen, zum Schutze der Beschädigten unzureichend. Dieser Klage, wenn sie auch zu nicht geringem Theile auf irrthümlichen Voraussetzungen oder Anschauungen beruhen mag, läßt sich doch nicht jede Berechtigung absprechen, und würde insoweit ihr durch die Vorschrift des § 704 allein nicht abgeholfen, indem sie gerade auf einen darüber hinausgehenden Schutz abzielt. Der Versuch, im Anschlusse an das geltende Recht, dieser Klage dadurch zu begegnen, daß diese und jene Handlung besonders verboten, die Zahl der Spezialdelikte vermehrt oder an besondere Thatumstände (dolus, Nachrede 2c.) die Verpflichtung zum Schadensersatze geknüpft würde, könnte nicht zum Ziele führen. Es wäre hiermit nur die Unzulänglichkeit und zu große Enge des Hauptprinzipes konstatirt und eine große Anzahl spezieller Delikte geschaffen, welche dem Hauptprinzipe sich nicht unterordnen ließen und neben diesem als Singularitäten erschienen. Wie das geltende Recht zeigt, wäre es auch kaum möglich, jener Klage, soweit sie als zutreffend anzuerkennen ist, auf diesem Wege voll gerecht zu werden. Die einschlagenden Fälle müssen vielmehr unter das Hauptprinzip gestellt werden, welches alle Singularitäten entbehrlich macht

und die Anforderungen des Lebens befriedigt. Diese Ausdehnung beruht auf dem den modernen Rechtsanschauungen, denen auch jene Klage entstammt, entgegenkommenden Gedanken: wer ein besonderes Recht ausübt, muß zwar immer haftfrei sein, auch wenn er aus Chikane handelt; wer dagegen nur kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden Anderer mißbrauchen; ein Mißbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht. Als widerrechtlich (Delikt) gilt hiernach auch die zwar kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte, aber illoyale, gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht. Die Handhabung des Prinzipes des § 705 erfordert allerdings Umsicht und Behutsamkeit, indessen darf darauf vertraut werden, daß die Gerichte die Aufgabe zu lösen wissen werden. Es ist namentlich auch Aufgabe des Richters, im einzelnen Falle zu prüfen, ob bei bloßer Fahrlässigkeit der Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen oder zu verneinen ist. Auf Grund der Vorschrift des § 705 kann geeignetenfalls, insbesondere auch, wenn ein besonderes Gesetz nur ein bestimmtes vorsätzliches Handeln absolut verbietet (§ 704 Abs. 1), doch das fahrlässige Handeln als illoyale Handlung, somit als zivilrechtliches Delikt aufzufassen sein.

d) Verletzung der oblig. Verpfl. durch den Schuldner.

Widerrechtlich ist auch die Verletzung des Rechtes aus einem Schuldverhältnisse. Aber wie aus einem solchen nur ein Recht gegen den Schuldner entsteht, so kann auch nur der Schuldner einer Verletzung dieses Rechtes sich schuldig machen. Diese Rechtsverletzung ist überhaupt nicht Gegenstand der Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen. Die durch dieselbe begründeten Verpflichtungen sind nur Verpflichtungen aus dem bestehenden Schuldverhältnisse selbst, auf welches die widerrechtliche Handlungsweise abändernd und erschwerend einwirkt. Wohl kann auch ein Dritter, wenn er in die obligatorischen Rechte eines Anderen schädigend eingreift (z. B. durch Zerstörung des Gegenstandes des obligatorischen Rechtes), dem Anderen zum Schadensersatze verpflichtet werden, aber nur, wenn seine Handlung aus einem anderen Grunde als wegen der Schädigung des obligatorischen Rechtes als eine widerrechtliche sich darstellt.

2. Thun oder Unterlassen.

Die widerrechtliche Handlung, welche zum Schadensersatze verpflichtet, kann sowohl in einem Thun als in einem Unterlassen bestehen. In allen Fällen aber entsteht keine Verbindlichkeit, wenn die Handlung ohne Vorsatz und ohne Fahrlässigkeit begangen ist. Der in der Strafrechtswissenschaft vertretenen Ansicht, es sei in Ansehung aller oder gewisser Vergehungen gegen polizeiliche Vorschriften nicht einmal Fahrlässigkeit zum Thatbestande erforderlich, darf für die Schadensersatzpflicht nicht gefolgt werden.

3. Verschulden in Beziehung auf die Schadenszufügung.

Aus der vorsätzlichen oder fahrlässigen Begehung der widerrechtlichen Handlung folgt jedoch die Verpflichtung zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens nur dann, wenn Vorsatz und Fahrlässigkeit sich auch auf die Schadenszufügung beziehen. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine Schadenszufügung vorausgesehen ist oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters vorausgesehen werden mußte (§ 704 Abs. 1; vergl. § 146). Liegt aber dieser Fall vor, dann kann es nicht mehr darauf an-

kommen, ob auch der Umfang des verursachten Schadens vorauszusehen war. Der Thäter, einmal vorsätzlich oder fahrlässig verletzend, ist dann für jeden dem Beschädigten durch die Handlung verursachten Schaden verantwortlich und es bleibt nur übrig, den ursachlichen Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Schaden festzustellen.

Der zweite Absatz des § 704 scheint darüber hinaus zu gehen. Er geht jedoch nur insofern etwas weiter, als in der Verletzung des absoluten Rechtes eines Anderen durch die begangene widerrechtliche Handlung in allen Fällen schon ein schädlicher Erfolg der Handlung gesehen werden soll, welcher in Konsequenz des im ersten Absatze ausgesprochenen Grundsatzes zum Ersatze des ganzen dem Berechtigten durch die Rechtsverletzung verursachten Schadens verpflichtet. Diese Auffassung rechtfertigt sich durch die unmittelbare Richtung der Handlung gegen das Recht des Beschädigten und den einem solchen zu gewährenden Schutz.

Absolute Rechte.

Zu den absoluten Rechten gehören zweifellos das Eigenthum und die anderen Rechte an Sachen. Vorbehalten bleiben jedoch die besonderen Vorschriften über den Eigenthumsanspruch, für welchen die Folgen der an sich rechtswidrigen Vorenthaltung einer fremden Sache besonders bestimmt werden, und die dem Eigenthumsanspruche analogen Ansprüche wegen anderer Rechte an Sachen (vergl. §§ 930—935, 1017, auch § 2086). Die Vorschrift, daß als Verletzung eines Rechtes im Sinne des § 704 Abs. 2 auch die Verletzung des

Leben 2c.

Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen sei, ist nothwendig, weil mit Grund bezweifelt werden kann, ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können, aber gerade sie auch des Schutzes bedürfen, der ihnen bei einer engeren Auffassung der Schadenszufügung oft gefehlt hat. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine nach der Vorschrift des § 704 Abs. 2 zum Schadensersatze gegen den Berechtigten verpflichtende Rechtsverletzung gleichzeitig zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welcher einem Anderen entstanden ist. Hierfür kommt aber lediglich die Vorschrift des § 704 Abs. 1 in Verbindung mit § 705 in Betracht. Hiernach ist z. B. die in der Gesetzgebung wie in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis meist verneinte Frage zu entscheiden, ob der Versicherer, bei welchem der Getödtete versichert war, von dem Thäter (§ 722) den Ersatz des Schadens zu fordern berechtigt ist, welcher ihm dadurch erwächst, daß er die Versicherungssumme früher als nach der muthmaßlichen Lebensdauer unter Verlust der hiernach berechneten Prämie bezahlen muß. Dieser Anspruch steht dem Versicherer gegen den Thäter nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 zu, wenn der letztere jenen Erfolg seiner Handlung vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, wenn er also vor Allem wußte oder wissen mußte, daß der Getödtete sein Leben versichert hatte (§ 725).

Nothwehr.

Die Einwirkung der §§ 186—189 auf die Bedeutung einer an sich rechtswidrigen Handlung ist bereits oben angedeutet. Nach dem § 186 schließt Nothwehr alle Ersatzansprüche aus. Jedoch läßt § 186 die an das Str. G. B. sich knüpfende Streitfrage, ob die gegen einen Anderen als den Angreifenden verübte Nothwehrhandlung als erlaubte Nothwehr anzusehen sei, auch für das bürgerliche Gesetzbuch offen. Der Entwurf entscheidet diese Frage auch hier nicht. Die fernere Frage, ob Schadensersatz zu leisten ist, wenn der Stand der Nothwehr irrthümlich angenommen worden ist oder ein Exzeß eintritt, ent-

scheidet sich nach den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 707, 186)[1]. Eine unerlaubte Handlung ist ferner gemäß § 187 nicht vorhanden, wenn Jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist. Diese Vorschrift bezieht sich aber nicht auf die nach dem Str. G. B. (§ 54) straffreien Nothstandshandlungen. Der Entwurf bestimmt also nicht, daß solche straffreien Nothstandshandlungen auch zivilrechtlich als erlaubt anzusehen seien. Nach der mit der modernen Rechtsanschauung übereinstimmenden Auffassung des Entwurfes begründen solche Handlungen vielmehr beim Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen ein zivilrechtliches Delikt[2]. Nothstand.

Ueber die Beweislast in Ansehung der Verschuldung stellt der Entwurf keine besonderen Vorschriften auf. Bedenklich wäre zumal bei Delikten, zu deren Thatbestand Vorsatz gehört, die allgemeine positive Vorschrift, daß demjenigen, welcher den Schaden verursacht hat, der Beweis obliege, daß ihm eine Verschuldung nicht zur Last falle. Es ist auch nach den vorliegenden Erfahrungen und in Rücksicht auf das Prinzip der freien Beweiswürdigung (C. P. O. §§ 259, 260) kein Bedürfniß zu besonderen Bestimmungen vorhanden. Noch weniger Grund läge vor zur Aufstellung von Vermuthungen hinsichtlich des Verschuldens oder des Kausalzusammenhanges zwischen Delikt und Schaden. Auch in letzterer Richtung greift das Prinzip der freien Beweiswürdigung ein[3]. Beweis der Verschuldung.

Bezüglich des Schadensersatzanspruches gelten die allgemeinen Bestimmungen in §§ 218 ff. (vergl. §§ 715 ff.). Die Schadensersatzpflicht ist, wo sie begründet ist, umfänglich die gleiche, ohne Unterscheidung zwischen vorsätzlich und fahrlässig begangenen Handlungen. Solche Unterscheidung ist in Ansehung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit nicht gerechtfertigt und zöge nicht allein große Verwickelungen, sondern auch eine ungerechte, ungünstige Rechtsstellung des Beschädigten nach sich. Aus der Vorschrift des § 221 folgt insbesondere, daß auch beim Schadensersatzanspruche aus unerlaubten Handlungen, von den 4. Schadensersatzanspruch. Umfang.

---

[1]) S. Windscheid § 455 Note 11; österr. G. B. §§ 19, 1305; sächs. G. B. § 178; schweiz. Bd. Ges. Art. 56; bayr. Entw. Art. 58, dresd. Entw. Art. 215; vergl. Eccius I § 49 A. 2, Zachariä II § 144 A. 13.

[2]) Uebereinstimmend im Wesentlichen sächs. G. B. §§ 182, 183, bayr. Entw. Art. 55 Nr. 3, Art. 58 (bayr. Motive S. 74); weiter geht der hess. Entw. Art. 207 Abs. 2.

[3]) S. §§ 193, 710, 711, 712; dagegen §§ 626, 627 (Haftung der Gastwirthe für Delikte ihrer Leute 2c.). Aus besonderen Gründen stellt der Entwurf ferner im Falle des § 729 eine Vermuthung für das Verschulden auf (vergl. § 239, Unmöglichkeit der Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses). Windscheid § 455 Note 12. Gewisse Vermuthungen statuirt das preuß. A. L. R. I, 6 §§ 25, 26. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XX S. 171; Entsch. d. R. G. in Civils. X Nr. 18 S. 65, Nr. 41 S. 141.

gesetzlich bestimmten Ausnahmen abgesehen (§§ 728, 734, 735, 736), nur der Vermögensschaden in Betracht kommt.

Vererblichkeit. Der Schadensanspruch geht aktiv und passiv auf die Erben über (§ 292); dies entspricht der richtigen Anschauung vom Wesen des Schadensersatzes und ist auch in den modernen Kodifikationen anerkannt. Eine Ausnahme bestimmt der Entwurf nur in Ansehung des für bestimmte Delikte anerkannten Anspruches auf den Ersatz eines anderen als eines Vermögensschadens (§ 728)[1].

§ 706.

Ausschluß der Haftung: a) Einwilligung des Beschädigten; Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so liegt ihm gegenüber ein zivilrechtliches Delikt nicht vor. Die Bestimmung erscheint zweifellos und selbstverständlich, wenn die beschädigende Handlung durch die Einwilligung die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit verliert. Allein die Bestimmung trifft auch den Fall, wenn die Handlung trotz der Einwilligung eine widerrechtliche und sogar strafbare bleibt, z. B. den Fall der Verstümmelung behufs Abwendung der Militärpflicht oder der Tödtung mit Einwilligung des Getödteten (Str. G. B. §§ 142, 216). Auch in solchen Fällen ist die Ersatzpflicht dem einwilligenden Beschädigten und dessen Erben als solchen gegenüber ausgeschlossen[2]). Diese angemessene Ausdehnung der Vorschrift ist keineswegs selbstverständlich. Aus dem § 222 läßt sich dieselbe noch nicht ableiten, abgesehen davon, daß die daselbst getroffene Bestimmung über die Haftpflicht nicht paßt. Der § 706 schließt aber, wie seine Fassung deutlich ergiebt, nur den Schadensersatzanspruch des in die (ihn) beschädigende Handlung Einwilligenden aus. Rechte Dritter. Dritten gegenüber, welchen durch die beschädigende Handlung ein nach den prinzipiellen Bestimmungen des § 704 zu ersetzender Schaden zugefügt ist, kann die Bestimmung des § 706 nicht angerufen werden. Bestehen solche selbständige Entschädigungsansprüche Dritter, so kann auch ein nach der Beschädigung erklärter Verzicht des unmittelbar Verletzten auf die Entschädigungsansprüche oder ein mit ihm dieserhalb geschlossener Vergleich (z. B. Verzicht oder Vergleich des Getödteten nach der tödtlichen Verletzung) auf jene Ansprüche nicht wirken (vergl. S. 770 ff.).

Die Einwilligung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, erfordert also volle und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden (§§ 64, 65—71).

b) bindender Befehl. Ueberflüssig erscheint, auszusprechen, daß derjenige, welcher dem Befehle eines Anderen kraft Gesetzes Gehorsam schuldig ist und durch die ihm in solcher Weise befohlene Handlung einen Anderen beschädigt, hierfür nicht verantwortlich ist[3]). Es kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn das Gesetz zum Gehorsam verpflichtet, in dem Gehorsamleisten eine Widerrechtlichkeit sich nicht finden läßt.

---

[1]) Sächs. G. B. § 2282; Windscheid § 455 Noten 28, 33.

[2]) Ebenso sächs. G. B. §§ 118, 780; dresd. Entw. Art. 221 (volenti non fit injuria).

[3]) S. bayr. Entw. Art. 57; vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 45—49, 58.

§ 707.

Ist die beschädigende Handlung von demjenigen, welcher sie begangen hat, aus entschuldbarem Irrthume für erlaubt gehalten worden, so ist derselbe zum Schadensersatze nicht verpflichtet, weil Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Bezug auf die Handlung ausgeschlossen ist. Entschuldbar ist der Irrthum, sowohl derjenige über Thatsachen, als der Rechtsirrthum, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruht (§ 146)[1]. Der Entwurf unterscheidet in § 707 zwischen den beiden Arten von Irrthum nicht. Das Erforderniß von Vorsatz oder Fahrlässigkeit erstreckt sich gemäß §§ 707, 704, 705 auch auf das Requisit der Rechtswidrigkeit; auch der entschuldbare Rechtsirrthum muß hiernach die Verpflichtung zum Schadensersatze erledigen, weil auch bei einem solchen weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorliegt. Besteht der Rechtsirrthum nur darin, daß die Rechtsnorm nicht gekannt wird, welche eine Handlung verbietet oder gebietet, so wird sich allerdings nur unter besonderen Umständen Entschuldbarkeit des Irrthumes annehmen lassen; für solche Fälle wird also nur äußerst selten eine Disharmonie mit strafrechtlichen Grundsätzen eintreten. c) entschuldbarer Irrthum.

Die Vorschrift des § 707 bezieht sich nur auf den Fall, wenn die beschädigende **Handlung** aus entschuldbarem Irrthume für erlaubt gehalten wird. Involvirt die Handlung die Verletzung eines subjektiven Rechtes, so kann hiernach die Vorschrift zwar angerufen werden, wenn der Irrthum sich auf dieses Recht bezw. dessen Verletzung bezog, nicht aber auch dann, wenn der Irrthum die Schädlichkeit der Handlung betraf, weil es diesfalls gemäß § 704 Abs. 2 auf die Erkennung bezw. Erkennbarkeit des Schadens überhaupt nicht ankommt. Dies gilt überall, wo das Gesetz die Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf Erkennung oder Erkennbarkeit des Schadens statuirt. Hat dagegen der Handelnde bei einer nur gemäß der Vorschrift des § 704 Abs. 1 zum Schadensersatze verpflichtenden Handlung den Schaden aus entschuldbarem Irrthume nicht erkannt, so ist schon nach jener Vorschrift Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Bezug auf den Schaden ausgeschlossen, Schadensersatzpflicht also nicht begründet. über die Erlaubtheit der Handlung.

§§ 708, 709.

Unwillkürliche Handlungen kommen als juristische Handlungen überhaupt nicht in Betracht, können nicht zugerechnet werden. Eine Anwendung dieses Grundsatzes enthält die Vorschrift des § 708, daß eine Person, welche, während sie des Vernunftgebrauches beraubt war, einem Anderen einen Schaden zugefügt hat, hierfür nicht verantwortlich ist. Dies ist heutzutage allerorts im Prinzipe geltendes Recht[2]. Der Entwurf schließt sich in Ansehung der Bestimmung der Voraussetzung („des Vernunftgebrauches beraubt") an die ent- d) Deliktsunfähigkeit. α. Mangelnder Vernunftgebrauch.

---

[1] Vergl. § 241; Windscheid § 455 Nr. 3; Seufferts Archiv XXXII Nr. 237; ebenso bayr. Entw. Art. 55 Nr. 3.

[2] Windscheid § 101 Nr. 5, § 54; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 41, 39; österr. G. B. § 1308; sächs. G. B. §§ 81, 119; schweiz. Bd. Ges. Art. 50, 57, 58 (vergl. schweiz. Bd. Ges. über die persönliche Handlungsfähigkeit Art. 4); franz. Recht (s. Zachariä II § 444 A. 3); hess. Entw. Art. 209, bayr. Entw. Art. 56, dresd. Entw. Art. 213.

sprechenden Vorschriften über die Rechtsgeschäftsfähigkeit an (§§ 28, 64; vergl. § 224 Abs. 1). Auf die Abweichung von der Fassung des Str. G. B. (§ 51) darf aus denselben Gründen, wie bei den erwähnten Vorschriften, kein Gewicht gelegt werden; überdies erscheint es nicht rathsam, im bürgerlichen Gesetzbuche, soweit es sich um anomale geistige Zustände handelt, die Geschäftsunfähigkeit, wenn auch nur den Worten nach, von anderen Erfordernissen abhängig zu machen, als die Unfähigkeit, durch unerlaubte Handlungen verpflichtet zu werden. Die betreffende Person bleibt für die Beschädigung auch dann von der Verantwortung frei, wenn sie später den Vernunftgebrauch wiedererlangt hat, wogegen die Verantwortlichkeit für die in einem sog. lichten Zwischenraume begangene Handlung nicht ausgeschlossen ist (§ 708 Satz 1). Während hiernach der entmündigte Geisteskranke, auch wenn ein sog. lichter Zwischenraum bei ihm vorkommt oder er genesen ist, bis zur Aufhebung der Entmündigung geschäftsunfähig bleibt (§ 64), tritt bei ihm auch für das Stadium eines lichten Zwischenraumes, sowie im Falle seiner Genesung die Deliktsfähigkeit ein.

Lichte Zwischenräume.

Verschuldete Betrunkenheit.

Für das gemeine Recht, wie in der modernen Gesetzgebung, wird anscheinend allgemein, mindestens für einen Zustand vorübergehender Unzurechnungsfähigkeit, die volle Verantwortlichkeit dann ausgesprochen, wenn die betreffende Person sich selbst schuldhafter Weise in jenen Zustand versetzt und während desselben den Schaden zugefügt hat. Es handelt sich hierbei jedoch um eine positive Vorschrift und es besteht kein Grund und wäre auch nicht unbedenklich, sie auf alle Fälle auszudehnen, wo die Unzurechnungsfähigkeit auf ein Verschulden zurückzuführen ist. Nicht einmal für alle Fälle, in welchen der fragliche verschuldete Zustand (z. B. heilbare Geisteskrankheit) ein vorübergehender ist, besteht das Bedürfniß einer solchen Bestimmung. Das praktische Bedürfniß erheischt vielmehr, nur für den Fall die Verantwortlichkeit eintreten zu lassen, wenn der Vernunftgebrauch durch selbstverschuldete Betrunkenheit ausgeschlossen war (§ 708 Satz 2). Durch die Auszeichnung des Falles der selbstverschuldeten Betrunkenheit ist zugleich anerkannt, daß der Rausch an sich die Zurechnungsfähigkeit aufheben kann. Auch ein solch intensiver Rausch entschuldigt aber nicht, wenn er selbstverschuldet war[1]).

β. Kindesalter.

Auch die Deliktsunfähigkeit der Kinder ist prinzipiell überall anerkannt. Das praktische Bedürfniß erheischt aber die positive Bestimmung einer Grenze, bis zu welcher in Ansehung der Frage der Deliktsfähigkeit das Kindesalter dauert. Für diese Grenzbestimmung ist maßgebend die langher gemachte und erprobte Erfahrung. Ueberwiegend wird sie in Uebereinstimmung mit der für den Beginn der Geschäftsfähigkeit angenommenen Norm auf die Zurücklegung des siebenten Lebensjahres gelegt[2]). Nur der hess. Entw. (Art. 209 Abs. 1) stellt

---

[1]) S. Windscheid § 101 Note 13; Wächter, Pand. I § 49 S. 229; preuß. A. L. R. I, 6 § 40; österr. G. B. § 1307; sächs. G. B. § 120; schweiz. Bd. Ges. Art. 57; hess. Entw. Art. 209 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 56 letzter Absatz, dresd. Entw. Art. 214.

[2]) Gemeines Recht: Windscheid § 101 Note 12, § 54, § 71; Wächter, Pand. I § 48 S. 218; preuß. A. L. R. I, 6 § 41 verglichen mit I, 4 § 20; österr. G. B. §§ 21, 1308; sächs. G. B. §§ 47, 81, 119; dresd. Entw. Art. 23, 213; der bayr. Entw.

das vollendete zwölfte Lebensjahr in Uebereinstimmung mit der Vorschrift des hess. Str. G. B. (Art. 37) über die Strafmündigkeit auf. Die zivilrechtliche Zurechenbarkeit darf jedoch mit der strafrechtlichen (R. Str. G. B. § 55 Abs. 1) nicht auf eine Stufe gestellt werden; das Strafrecht muß naturgemäß von strengeren Voraussetzungen ausgehen. Der Entwurf (§ 709 Satz 1) bestimmt demgemäß, daß eine Person, während sie im Kindesalter stand, d. h. bis zum zurückgelegten siebenten Lebensjahre (§ 25), nicht deliktsfähig ist. Geschäftsunfähigkeit (§ 64 Abs. 1) und Deliktsunfähigkeit haben demnach die gleiche natürliche Grenze (vergl. § 224 Abs. 1). Vor zurückgelegtem siebenten Lebensjahre ist keine Person deliktsfähig; die Untersuchung, ob ein Kind in concreto doch die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besessen habe, ist ausgeschlossen. Diese Altersgrenze ist aber nicht auch insoweit eine absolute, als ein Kind, sobald es das siebente Lebensjahr zurückgelegt hat, sofern es nicht ausnahmsweise vermöge besonderer Mangelhaftigkeit seiner Entwickelung als des Vernunftgebrauches entbehrend (§ 708) erschiene, immer gerade so wie der Erwachsene als deliktsfähig angesehen werden müßte. Hierin läge nicht allein eine große Abweichung von dem Str. G. B. (§§ 55, 56, 57), sondern auch eine nicht zu rechtfertigende unbillige Behandlung der noch nicht zur vollen Verstandesreife gelangten Unerwachsenen. Deshalb bestimmt der Entwurf (§ 709 Satz 2), daß, falls eine Person nach zurückgelegtem Kindesalter, aber vor zurückgelegtem achtzehnten Lebensjahre eine (objektiv) unerlaubte Handlung begangen hat, sie für den daraus entstandenen Schaden nicht verantwortlich ist, wenn sie bei Begehung der Handlung die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besaß. Diese Bestimmung trägt weiter als die Bestimmung des § 707, indem sie z. B. insbesondere auch die Fälle trifft, wo das absolute Recht eines Anderen verletzt, dieses Recht auch erkannt, aber die aus der Handlung drohende Gefahr der Verletzung oder des Schadens nicht erkannt worden ist[1]). *Personen von 7 bis 18 Jahren.*

Aus den Vorschriften des Entwurfes über Geschäftsfähigkeit einerseits (§§ 64, 65, 70, 71) und über Deliktsfähigkeit andererseits folgt u. A., daß geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte, aber deliktsfähige Personen, welche dadurch, daß sie sich für geschäftsfähig ausgeben, betrügerischer Weise Andere verleiten, mit ihnen, als ob sie voll geschäftsfähig wären, in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten, diesen nach allgemeinen Grundsätzen für den verursachten Schaden verantwortlich sind. Dies gilt nicht blos im Falle eines Betruges, sondern auch, wenn ein sonstiges Delikt im gegebenen Falle vorliegt. Es erübrigt also diesfalls eine besondere Bestimmung. Eine *Vorspiegelung der Geschäftsfähigkeit.*

(Art. 3 Ziff. 1, Art. 56 Ziff. 1) bestimmt, wie für die volle Geschäftsunfähigkeit, so für die Deliktsunfähigkeit das vollendete achte Lebensjahr als Grenze. S. Zachariä § 444 N. 3; das schweiz. Bd. Ges. Art. 50, 58, 59 (vergl. auch das schweiz. Bd. Ges. über die persönliche Handlungsfähigkeit Art. 4) stellt die Beurtheilung der Frage der Handlungsfähigkeit dem richterlichen Ermessen anheim.

[1]) Im röm. Rechte ist bezüglich der Frage der Zurechnungsfähigkeit der impuberes infantia majores die Unterscheidung, ob sie pubertati proximi sind, von Bedeutung: Windscheid § 101 Note 12; Wächter, Pand. I § 48 S. 218.

besondere Bestimmung ist, wie hier noch bemerkt werden mag, auch hinsichtlich der Frage nicht erforderlich, ob der deliktsfähige Minderjährige u. s. w. von der Haftung frei ist, wenn er eine gebotene Handlung unterläßt (non facere), sofern das Gebot auf eine Angelegenheit sich bezieht, welche zwar seine Angelegenheit ist, aber seiner Besorgung entzogen und der seines gesetzlichen Vertreters überwiesen ist (z. B. das Gesetz verpflichtet den Hauseigenthümer zu einer Veranstaltung, und diese unterbleibt bei dem Hause eines Minderjährigen). Es ist davon auszugehen, daß das betreffende Gebotsgesetz sich an den Minderjährigen, weil ihm ein anderes Gesetz die Besorgung der in Frage kommenden Angelegenheit entzieht, gar nicht richtet.

Ausschluß jedes Schadensersatzanspruches gegen Deliktsunfähige.

Die moderne Gesetzgebung hat sich zum Theil veranlaßt gesehen, durch besondere Bestimmungen dafür Vorsorge zu treffen, daß der durch ein Kind oder eine andere unzurechnungsfähige Person Beschädigte aus deren Vermögen vollen oder theilweisen Schadensersatz erhalte. Im preuß. A. L. R. I, 6 §§ 41, 44, im österr. G. B. §§ 1309, 1310 und im bayr. Entw. Art. 65 wird dem Beschädigten ein subsidiärer Ersatzanspruch, nämlich für den Fall eingeräumt, wenn der Beschädigte den ihm gebührenden Ersatz von den aufsichtspflichtigen Personen nicht verlangen oder erhalten kann. Das schweiz. Bd. Ges. (Art. 58) stellt es in das Ermessen des Gerichtes, ausnahmsweise auch einen Unzurechnungsfähigen zum ganzen oder theilweisen Ersatze des von ihm verursachten Schadens zu verurtheilen. Inwieweit bei diesen Bestimmungen Reminiszenzen an die Auffassung des älteren deutschen Rechtes, wonach ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Thäters Schadensersatzpflicht begründet war, mitwirkten, kann dahingestellt bleiben. Auch Erwägungen der angeblich höheren Gerechtigkeit oder Billigkeit oder Rücksichten auf ein erhebliches praktisches Bedürfniß rechtfertigen nicht eine derartige Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ganz abgesehen davon, daß gegen jene exzeptionellen Bestimmungen, soweit sie die Entscheidung dem Richter anheimstellen (österr. G. B., schweiz. Bd. Ges., bayr. Entw.), noch das besondere Bedenken spricht, daß sie den zur Entscheidung eines Rechtsstreites berufenen Richter im Wesentlichen auf dringende Billigkeitsrücksichten verweisen, ohne ihm irgend eine feste Entscheidungsnorm an die Hand zu geben. Derartige Bestimmungen sind auch dem gemeinen Rechte, dem franz. Rechte, dem sächs. G. B., desgl. dem hess. und dem dresd. Entw. fremd.

§ 710.

Haftung wegen versäumter Aufsicht

Die Vorschrift des Abs. 1 bezieht sich nur auf die Fälle der gesetzlichen Aufsichtspflicht. Positiv ist bestimmt, durch Verletzung der gesetzlichen Aufsichtspflicht werde nicht blos eine obligatorische Verbindlichkeit versäumt, welche gegenüber dem der Aufsicht Unterworfenen bestehe, sondern ein die Verantwortung gegen jeden Dritten nach sich ziehendes Delikt begangen.

a) aus gesetzl. Verpflichtung.

In ähnlicher Weise ist schon im gemeinen Rechte und in der neueren Gesetzgebung die Haftbarkeit aufsichtspflichtiger Personen für unerlaubte Handlungen der ihrer Aufsicht Unterworfenen bald allgemein, bald für gewisse Aufsichts-

pflichtige, anerkannt[1]). Das Gesetz kann hier aber nicht bestimmen, in welchen Verhältnissen eine gesetzliche Aufsichtspflicht und wieweit sie besteht. Vielmehr ist durch die Gesetze je für die betreffenden Materien die Aufsichtspflicht überhaupt und deren Umfang zu bestimmen. Der Entwurf stellt daher auch keine Beispiele gesetzlicher Aufsichtspflicht auf. Die Aufsichtspflicht des Inhabers der elterlichen Gewalt über das derselben unterworfene Kind, diejenige des Vormundes über den Pflegebefohlenen sind im Familienrechte geordnet[2]). Weitere Fälle gesetzlicher Aufsichtspflicht ergeben sich aus dem Gewerberechte, Schulrechte, Gesinderechte 2c. Die Aufsichtspflicht gestaltet sich entsprechend der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Verhältnisse auch verschieden, und insoweit bemißt sich die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 710 gleichfalls nach jenen speziellen Vorschriften.

Die im konkreten Falle begründete Haftung des Aufsichtspflichtigen kann eine ausschließliche sein, wenn der seiner Aufsicht Unterworfene, welcher die objektiv widerrechtliche Handlung beging, unzurechnungsfähig (nicht deliktsfähig) ist, oder er haftet neben dem Thäter, wenn der letztere selbst auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, letzterenfalls also nicht subsidiär (vergl. § 713). Immer aber hat der Beschädigte neben dem Nachweise, daß er durch eine widerrechtliche Handlung des der Aufsicht Unterworfenen beschädigt worden, weiter zu beweisen, daß der Aufsichtspflichtige die ihm obliegende Aufsicht nicht geführt habe und daß bei Führung der Aufsicht der Schaden nicht entstanden sein würde. Diese Regelung der Beweislast, wie sie der Entwurf (Abs. 1) zum Ausdrucke bringt, entspricht allgemeinen Grundsätzen, insofern die Nichtführung der Aufsicht einen Theil des Thatbestandes des Deliktes bildet und der Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und Delikt dem Beschädigten obliegt. Daneben bleibt das Requisit der Verschuldung des Aufsichtspflichtigen (in Ansehung der Nichtführung der Aufsicht) bestehen. Der Entwurf trifft aber hier so wenig als für den Schadensersatzanspruch aus Delikten überhaupt die Bestimmung, daß der auf Ersatz des Schadens in Anspruch Genommene den Mangel einer diesfälligen Verschuldung darzuthun habe, wenn auch die freie Würdigung des Beweises dazu führen mag, eine Verschuldung schon deshalb anzunehmen, wenn entschuldigende Thatsachen nicht vorliegen. Diese freie Beweiswürdigung genügt[3]). Beweis.

Die gleiche Verantwortlichkeit ist, eventuell mit und neben dem zunächst gesetzlich Aufsichtspflichtigen, demjenigen auferlegt, welcher die Führung der Aufsicht für den letzteren übernommen hat. Diese Vorschrift (Abs. 2) trifft b) bei Uebernahme der Aufsicht für den Verpflichteten.

---

[1]) Windscheid § 455 Note 12 (l. 27 § 11 D. ad leg. Aquil. 9, 2); preuß. A. L. R. I, 6 §§ 57, 65; österr. G. B. §§ 1308, 1309; code civil Art. 1384; sächs. G. B. § 779; schweiz. Bd. Ges. Art. 61; hess. Entw. Art. 211, 212, bayr. Entw. Art. 627, dresd. Entw. Art. 216.

[2]) S. §§ 1504, 1655, 1696, 1728, 1730. Vergl. noch §§ 626, 627.

[3]) Zu Ungunsten des Aufsichtspflichtigen weichen von allgemeinen Grundsätzen ab: code civil Art. 1384, schweiz. Bd. Ges. Art. 61, bayr. Entw. Art. 63, hess. Entw. Art. 211.

auch den gesetzlichen Vertreter, sowie Personen, welche in Folge einer Uebertragung von Seiten des durch das Gesetz Verpflichteten die Aufsicht übernommen haben, z. B. die Behüter von Geisteskranken.

§§ 711, 712.

Haftung des Geschäftsherrn für Angestellte.

In der neueren Gesetzgebung wird zum Theil eine weitgehende Haftung des Geschäftsherrn für deliktmäßigen Schaden, welchen ihre Angestellten oder Arbeiter in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, bestimmt. Bekannt sind vor Allem die strengen Vorschriften des code civil Art. 1384[1]). Dessen Vorgang folgen der bayr. Entw. Art. 66 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 62, letzteres jedoch mit ausdrücklicher Zulassung des Exkulpationsbeweises des Geschäftsherrn. Den übrigen Gesetzen ist eine so weit gehende Haftung des Geschäftsherrn unbekannt. Auch der Entwurf weist das Prinzip, daß, wer zur Verrichtung einer Rechtshandlung oder thatsächlichen Handlung Auftrag ertheilt habe, für die von dem Beauftragten in Vollziehung des Auftrages begangenen Delikte hafte, zurück. Die Vorschriften der §§ 711, 712 beruhen vielmehr auf dem Grundsatze, daß der Auftraggeber als solcher, abgesehen von der Bestellung (Auswahl) einer ungeeigneten Person, für die von den bestellten Personen in Ausführung des Auftrages begangenen Delikte nur insoweit haften kann, als er bei der ihm obliegenden Aufsichtsführung gefehlt hat. Dies ist im Wesentlichen auch der Standpunkt des gemeinen und des preuß. Rechtes[2]).

Aufsichtspflicht.

In § 711 ist zunächst der Grundsatz ausgesprochen: wer einen Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist denselben zu beaufsichtigen verpflichtet, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert. Eine allgemeine Regel über Maß und Umfang der Aufsichtspflicht läßt sich nicht aufstellen. Die Verpflichtung zur Aufsicht wie, in Ermangelung einer besonderen Rechtsnorm, Maß und Umfang der Pflicht bestimmen sich nach der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters. Wird diese Pflicht verletzt, so haftet der Aufsichtspflichtige für den Schaden, welchen die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat. Die Haftpflicht erfordert hiernach eine in Ausführung der Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung. Zu weit wäre die Auferlegung der Haftung für die bei den Verrichtungen oder bei Gelegenheit derselben begangenen unerlaubten Handlungen[3]); es würden hierdurch Fälle hineingezogen, in welchen die Haftung des Auftraggebers in hohem Maße bedenklich wäre. Der Beschädigte hat jedoch

Delikt in Ausführung des Geschäftes.

---

1) Bad. L. R. Satz 1384; Zachariä II §§ 446, 447; Entsch. d. R. G. in Civils. X Nr. 82, 83, 88.

2) S. Windscheid § 455 Noten 12, 27, Entsch. d. R. G. in Civils. VIII Nr. 12, dagegen XIV Nr. 102 S. 364, XVI Nr. 99 S. 403; preuß. A. L. R. I, 13 § 36, I, 6 §§ 53, 64, 65, Entsch. d. R. G. in Civils. XIV Nr. 74; vergl. sächs. G. B. § 779.

3) S. preuß. A. L. R. a. a. O.; dagegen schweiz. Bd. Ges. Art. 62; bayr. Entw. Art. 66 (bayr. Motive S. 77).

auch hier nicht nur die Beschädigung durch eine unerlaubte Handlung der bestellten Person, sondern weiter zu beweisen, daß der Geschäftsherr die im gegebenen Falle ihm obliegende Aufsicht fahrlässigerweise (§ 144 Abs. 1) nicht geführt habe und daß bei Führung derselben der Schaden nicht entstanden sein würde.

Pflicht zur Wahl geeigneter Personen.

In § 712 ist weiter ausgesprochen: wer Jemanden zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen bestellt, ist eine hierzu geeignete Person auszuwählen verpflichtet. Im Falle der Verletzung dieser Pflicht ist Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn, gemäß der Vorschrift in § 711 Abs. 2, begründet, insbesondere liegt dem Beschädigten auch hier die entsprechende Beweispflicht ob.

Die Vorschriften der §§ 711, 712 treffen zu, so oft Jemand einen Anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Rechts- oder thatsächlichen Handlungen bestellt, wenn nicht besondere gesetzliche Vorschriften für bestimmte Verhältnisse die Haftpflicht des Geschäftsherrn in anderer Weise regeln. Nach §§ 711, 712 haften hiernach z. B. nicht blos der Auftraggeber (§§ 585 ff.), der Dienstherr (§§ 559 ff.), sowie geeignetenfalls beim Werkvertrage der Besteller für Handlungen des Uebernehmers und letzterer für diejenigen seiner Angestellten, sondern auch die Gesellschafter für Handlungen der zur Geschäftsführung oder zu ihrer Vertretung bestellten Gesellschafter (§§ 636 f., 640). In strengerer Weise ist z. B. die Haftung der Gastwirthe für die von ihnen bestellten Leute in §§ 626, 627 normirt.

Der Entwurf bestimmt, wie im Anschlusse an §§ 710—712 zu bemerken ist, nicht, daß der Vertretene für Delikte seines gesetzlichen Vertreters (z. B. der Mündel für Delikte des Vormundes) zu haften habe. Ein Bedürfniß nach einer so weit gehenden Bestimmung ist nirgends hervorgetreten (s. zu § 224 S. 27 Note 1)[1]).

§ 713.

Gesammtschuldnerische Haftung.

Derjenige, welcher nach den Vorschriften der §§ 710—712 für den von einem Anderen zugefügten Schaden verantwortlich ist, haftet dem Beschädigten nicht subsidiär, sondern, wenn auch der Andere für den Schaden verantwortlich ist, neben diesem als Gesammtschuldner (bayr. Entw. Art. 64, dresd. Entw. Art. 217). Die nur subsidiarische Haftung würde die Rechtsstellung des Beschädigten ungebührlich benachtheiligen. Im Verhältnisse des gemäß §§ 710 bis 712 für die Handlung eines Anderen Haftbaren zu diesem Anderen, welcher gleichfalls dem Beschädigten verantwortlich ist, gilt jedoch der Andere als allein verpflichtet. Durch diese Bestimmung (Satz 2) wird von der Regel des § 337 Abs. 1, wonach Gesammtschuldner im Verhältnisse zu einander zu gleichen Antheilen verpflichtet sind, entsprechend der Lage der in Betracht kommenden Verhältnisse aus Billigkeitsgründen eine Ausnahme bestimmt. Nach außen, dem Beschädigten, haften zwar Beide solidarisch, nach innen aber gilt derjenige, welcher die beschädigende Handlung verübt hat, als allein verpflichtet; der nach §§ 710 bis 712 Verhaftete kann gegen ihn Regreß auf das Ganze nehmen, er kann

Regreß.

[1]) S. auch §§ 46, 61.

auch (gemäß §§ 337 Abs. 1, 713), bevor er von dem Beschädigten in Anspruch genommen ist, von dem Anderen Liberirung von dem Anspruche des Beschädigten verlangen[1]). Unberührt bleibt aber auch hier die Vorschrift des § 338, wonach der aus §§ 710—712 Verpflichtete, wenn er vorsätzlich handelte, gegen den Anderen, welcher den Schaden unmittelbar zugefügt hat, keinen Ersatzanspruch und demgemäß auch keinen Liberationsanspruch hat. — Anwendungen des in § 713 ausgesprochenen Prinzipes sind in den §§ 736 Abs. 2, 1696 Abs. 3 enthalten.

§ 714.

Anstifter, Thäter, Gehülfen: Gesammtschuldner.

Die Bestimmung, daß Mehrere, welche durch gemeinsames Handeln, sei es als Anstifter, Thäter oder Gehülfen, einen Schaden verschuldet haben, als Gesammtschuldner haften, giebt das geltende Recht wieder[2]). In der gemeinrechtlichen Theorie ist allerdings die Haftung des Anstifters als solchen bestritten. Diesem Streite ist jedoch für das heutige Recht keine Bedeutung beizulegen.

Die gleiche gesammtschuldnerische Haftung tritt ein, wenn im Falle eines von Mehreren verschuldeten Schadens diese Mehreren nicht gemeinsam gehandelt haben, der Antheil des Einzelnen an dem Schaden aber nicht zu ermitteln ist (vergl. sächs. G. B. § 1495; bayr. Entw. Art. 71, dresd. Entw. Art. 218). Diese Vorschrift greift namentlich auch Platz, wenn ungewiß ist, welche Handlung gerade den Schaden verursacht hat, vorausgesetzt immer, daß die sämmtlichen Mehreren nach allgemeinen Deliktsgrundsätzen in concreto ein Verschulden trifft. Sie wird z. B. praktisch bei Tödtung oder Körperverletzung in Raufhändeln.

Begünstiger, Hehler.

Eine Bestimmung über die Haftpflicht des Begünstigers oder Hehlers ist nicht erforderlich. Soweit sie durch ihre eigene Handlung (§§ 704, 705; vergl. Str. G. B. §§ 257 ff.) einen Schaden verursacht haben, versteht sich die Schadensersatzpflicht solcher Personen von selbst. Positiv wäre aber die allgemeine Bestimmung, daß dritte Personen, welche ohne eigenes Delikt an dem durch das Delikt eines Anderen erzielten Vortheile partizipiren, insoweit dem Beschädigten haften[3]). Die Frage, ob gegen Dritte, welche der Delinquent partizipiren läßt, ein Anspruch auf die Herausgabe der Bereicherung stattfindet, beantwortet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes.

§ 715.

Inhalt des Schadensersatzes.

Der Deliktschuldner hat dem Beschädigten allen diesem aus der unerlaubten Handlung entstandenen Schaden, d. h. das volle Interesse (§§ 218,

---

[1]) Ebenso österr. G. B. § 1313 Satz 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 63, bayr. Entw. Art. 64, dresd. Entw. Art. 217.

[2]) Windscheid § 455 Nr. 6 Note 26, § 298 Note 15; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 29—32; Dernburg II § 294 Noten 17 f.; österr. G. B. §§ 301, 302; bad. L. R. Satz 1382; sächs. G. B. 777, 778, 1495; schweiz. Bd. Ges. Art. 60; hess. Entw. Art. 214, bayr. Entw. Art. 69, dresd. Entw. Art. 218.

[3]) Vergl. sächs. G. B. §§ 778, 1500; schweiz. Bd. Ges. Art. 60; bayr. Entw. Art. 69, dresd. Entw. Art. 220; Dernburg a. a. O. Note 19.

221, 222) zu erstatten, ohne Rücksicht darauf, ob Vorsatz oder nur Fahrlässigkeit, und selbst dann, wenn nur geringe Fahrlässigkeit vorliegt, und ohne daß das Gesetz eine Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden macht. Wie insbesondere schon zu § 704 Abs. 1 bemerkt worden, hat der aus dem Delikte Haftende auch dann, wenn zum Thatbestande des Deliktes die Erkenntniß oder Voraussehbarkeit eines an die Handlung sich knüpfenden schädlichen Erfolges gehört, beim Zutreffen dieser Voraussetzung dem Beschädigten allen durch die Handlung wirklich verursachten Schaden zu erstatten. — Die namentlich nach dem röm. Rechte bestrittene Frage über die Haftung des Urhebers einer rechtswidrigen Handlung, welche einen bestimmten schädlichen Erfolg nothwendiger Weise herbeigeführt haben würde, wenn nicht schon früher durch ein anderes dazwischen gekommenes Ereigniß, sei dies ein Zufall oder die rechtswidrige That eines Dritten, jener Erfolg eingetreten wäre, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Es ist eine Frage des Kausalzusammenhanges[1]). Die positive Bestimmung des dresd. Entw. Art. 1007 entspricht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht und ist auch durch kein praktisches Bedürfniß geboten (s. zu § 722 S. 769).

Rückerstattung oder Wiederherstellung.

Im Vordergrunde steht die Verpflichtung zur Rückerstattung, soweit es sich um einen entzogenen Gegenstand handelt, überhaupt zur Wiederherstellung desjenigen Zustandes, welcher vorhanden sein würde, wenn das Delikt nicht eingetreten wäre (§ 219). Soweit die Rückerstattung oder diese Wiederherstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, muß der Beschädigte in Geld entschädigt werden. Gemäß der Restitutionspflicht hat die Rückerstattung einer entzogenen Sache regelmäßig am Orte der Wegnahme (§ 229) zu erfolgen. Der durch das Delikt Beschädigte kann aber die Restitution, insbesondere die Rückerstattung eines entzogenen Gegenstandes, wie aus §§ 219, 715 Satz 1 erhellt, nicht etwa auf Grund der Behauptung, daß die Rückerstattung nicht mehr in seinem Interesse liege, ablehnen und statt dessen Entschädigung in Geld fordern. Ist ein zu beachtendes Interesse des Beschädigten verletzt, so bekommt er hierfür neben der Restitution vollen Geldersatz. Das Restitutionsprinzip trifft insbesondere auch zu, wenn vertretbare Sachen entzogen sind. Bei der Möglichkeit der Naturalrestitution muß diese erfolgen vorbehaltlich der Leistung eines Geldäquivalentes wegen des sonst erlittenen Schadens, bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution muß der Gesammtschaden in Geld ersetzt werden.

Geldentschädigung.

Im Uebrigen ist eine kasuistische Festsetzung des Inhaltes des Schadensersatzanspruches nach Verschiedenheit der Fälle weder nöthig noch angängig. Das Richtige wird sich nach Lage der Sache aus dem Prinzipe (§§ 218, 219) ergeben, z. B. in Ansehung der Ersatzpflicht solcher Früchte, welche der Beschädigte hätte ziehen können, gleichviel ob sie der Deliktschuldner gezogen hat oder nicht. Der Entwurf giebt in §§ 715—718 über den Inhalt und die Gestaltung der Schadensersatzpflicht aus Delikt nur die wirklich nöthigen Vorschriften; sie decken sich im Wesentlichen mit denjenigen über den Verzug des Schuldners[2]).

---

[1]) Windscheid § 258 Note 15; Entsch. d. R. G. in Civils. IV Nr. 22, XII Nr. 21.

[2]) Vergl. zu §§ 715—718 auch sächs. G. B. § 739; hess. Entw. Art. 244, bayr. Entw. Art. 126, dresd. Entw. Art. 190.

Werthersatz: entscheidende Zeit.

Soweit im Falle der Entziehung oder Verschlechterung eines Gegenstandes die Zurückerstattung oder Wiederherstellung dem Schuldner nicht möglich ist, hat derselbe den Werth zu ersetzen, welchen der Gegenstand zur Zeit der Entziehung oder Verschlechterung gehabt hat, den gemeinen Verkehrswerth und den sog. außerordentlichen Werth (§ 220). Den Werth einer späteren Zeit kann der Gläubiger nur geltend machen, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß sein Schaden in der Entziehung dieses höheren Werthes besteht. Der Gläubiger hat nicht ohne Weiteres die Wahl zwischen dem Werthe zur Zeit der Entziehung oder Verschlechterung und dem gegenwärtigen Werthe bezw. zwischen jenem und dem höchsten Werthe, welchen der Gegenstand in der Zwischenzeit gehabt hat[1]). Will er sich mit dem Werthe zur Zeit der Entziehung oder Verschlechterung nicht begnügen, so hat er erforderlichenfalls zu beweisen, daß sein Schaden gerade in der Entziehung des höheren Werthes einer bestimmten späteren Zeit besteht, z. B. daß später die Preise der Sache gestiegen sind und daß er die Sache bis dahin behalten haben würde. Eine Vermuthung zu Gunsten des Gläubigers in letzterer Richtung wäre um so weniger gerechtfertigt, als das Prinzip der freien Beweiswürdigung den Richter in zahlreichen Fällen zu der Annahme führen wird, der Gläubiger würde inzwischen nicht veräußert haben. Die Zeit der Entziehung oder Verschlechterung kann mit der Zeit der Verübung des Deliktes zusammenfallen; es sind aber auch die Fälle zu berücksichtigen, in welchen erst geraume Zeit nach der Verübung des Deliktes die Entziehung oder Beschädigung eintritt, z. B. wenn ein fehlerhafter Bau erst geraume Zeit nach der Ablieferung einstürzt und hierbei andere Sachen vernichtet oder beschädigt werden. Auch diese Fälle werden durch die Fassung des Entwurfes gedeckt[2]).

§ 716.

Haftung für Zufall.

Der § 716 trifft für die in einer unerlaubten Handlung begründete Schadensersatzpflicht dieselbe Entscheidung, welche § 251 (§ 250) für den Fall des Verzuges des Schuldners aufstellt. Hier wie dort sind dieselben Erwägungen maßgebend, weshalb auf die Begründung zu § 251 verwiesen wird. Die dortigen Gründe treffen auch auf den Deliktfall und den Deliktschuldner zu.

§ 717.

Verzinsung entzogenen Geldes,

Die Vorschrift des ersten Absatzes deckt sich mit derjenigen des § 248; bei der Entziehung von Geld durch Delikt handelt es sich immer um bestimmte Geldstücke. Hier wie im Falle des Verzuges des Schuldners besteht ein praktisches Bedürfniß, daß das Gesetz dem Gläubiger, dessen Schaden darin besteht, daß ihm Geld entzogen, z. B. gestohlen worden ist, bei der Schadens-

---

1) Preuß. A. L. R. I, 6 § 85.

2) Vergl. § 723, sowie § 240 Abs. 2. S. Windscheid § 258 Noten 6—8, § 257 Note 7; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 83, 84, 86; sächs. G. B. §§ 78, 685, 686, 1493; hess. Entw. Art. 216, bayr. Entw. Art. 74, 75, dresd. Entw. Art. 223.

liquidation durch Aufstellung eines Durchschnittsbetrages des Schadens zu Hülfe komme, welchen der Gläubiger, ohne diesfalls erst Beweis führen zu müssen, ersetzt verlangen kann[1]).

Die Vorschriften im zweiten Absatze korrespondiren denjenigen des § 252. Der Gläubiger müßte im Falle des Deliktes, wie des Verzuges an sich beweisen, welchen Schaden er durch Entziehung der Nutzungen des betreffenden Gegenstandes (§ 793) erlitten habe. Hier wie dort ist es billig, den Gläubiger von dieser Beweislast insofern zu befreien, als ihm die Befugniß eingeräumt wird, an Stelle des Schadens für die entzogenen Nutzungen fünf Prozent Zinsen (§ 217) aus der ihm für die Entziehung oder Verschlechterung des Gegenstandes gebührenden Ersatzsumme zu verlangen. Maßgebend für den Beginn der Verzinsung ist aber hier der Zeitpunkt, welcher gemäß der Bestimmung in § 715 Satz 1 oder 2 der Werthsbestimmung im gegebenen Falle zu Grunde gelegt wird[2]). der Ersatzsumme.

§ 718.

Gemeinrechtlich steht im Falle der Entwendung oder der gewaltsamen Entziehung einer Sache dem Thäter wegen keinerlei Verwendungen auf die Sache ein Ersatzanspruch zu. Diesen Standpunkt hält auch das sächs. G. B. § 1499 fest, während der dresd. Entw. Art. 222 Abs. 2 noch weiter geht und Jedem, welcher widerrechtlich in schuldhafter Weise einem Anderen eine Sache entzogen und die Sache herauszugeben hat, den Anspruch auf Ersatz von Verwendungen rundweg abspricht. Zu einer derartig strengen Bestimmung fehlt es an einem legislativen Motive. Die römischrechtliche Bestimmung hat Strafkarakter. Solche Strafbestimmungen können aber im heutigen Civilrechte nicht beibehalten werden. Der Schuldner, welcher einen widerrechtlich entzogenen Gegenstand zu restituiren hat, kann, sollen die größten Unzuträglichkeiten vermieden werden, hinsichtlich des Impensenersatzes nicht anders und schlechter gestellt werden, als der (wenn auch in mala fide befindliche) Besitzer einer Sache gegenüber dem Eigenthümer, nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 936 bis 938. Nach § 235 ist jedoch der Deliktschuldner, wenn er zu dem Gegenstande durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung gelangt ist, den Gegenstand wegen seines Anspruches auf Impensenersatz zurückzubehalten nicht befugt. Ersatz von Verwendungen.

§§ 719, 720[3]).

Dem röm. Rechte war, abgesehen von den prätorischen Deliktsansprüchen, eine Abkürzung der ordentlichen Verjährungszeit für den Schadensersatzanspruch, namentlich für den aus aquilischer culpa, nicht bekannt[4]). Die moderne Gesetzgebung hat dagegen vielfach für den Schadensersatzanspruch aus Verjährung des Schadensersatzanspruches.

---

[1]) Dresd. Entw. Art. 222.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 16 § 66; Entsch. d. R. G. in Civils. VIII Nr. 60.

[3]) S. auch § 732.

[4]) Windscheid I § 110 Note 4, II § 455 Nr. 6; s. aber auch § 451 Nr. 2 (Haftung wegen dolus).

Delikten die Verjährung erheblich abgekürzt[1]). Dieser Zug der modernen Gesetzgebung weist zur Genüge auf das dringende Bedürfniß hin, die Verjährung der Ansprüche auf Schadensersatz abzukürzen. Das Bedürfniß gründet sich, wie namentlich bei der Berathung des Reichshaftpflichtgesetzes anerkannt worden, vorzugsweise in dem Umstande, daß, wenn Jemand erst nach Verlauf einer beträchtlichen Reihe von Jahren seit der angeblichen Verübung der schadenden Handlung mit einem Entschädigungsanspruche auftritt, nicht allein der Gegner regelmäßig in seiner Vertheidigung ungebührlich beschränkt erscheint, sondern auch die Vermuthung dafür streitet, der Anspruch sei aus dem einen oder anderen Grunde ungerechtfertigt. Die Bedenken, welche sich gegen die Zulassung der kurzen Verjährung geltend machen lassen — nämlich die anscheinend privilegirte Stellung des Deliktsschuldners gegenüber anderen Schuldnern, die Schwierigkeiten, welche aus der Konkurrenz des Anspruches auf Schadensersatz mit sonstigen aus dem Delikte entspringenden Ansprüchen entständen, die Unbilligkeiten, die sich nicht selten herausstellen müßten, und die mannigfachen Streitigkeiten, welche die Bestimmung, namentlich auch nach den im Gebiete des preuß. A. L. R. gemachten Erfahrungen, hervorrufen kann —, sind nicht von der Bedeutung, um jene für die kurze Verjährung sprechenden Gründe aufzuwiegen.

Bei der Bestimmung über die kurze Verjährung kann die strafrechtliche Verjährung[2]) nicht berücksichtigt werden. Die Verjährung beruht hinsichtlich des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruches und der strafrechtlichen Verfolgung auf ganz verschiedenen Gesichtspunkten und Gründen, beide verfolgen verschiedene Zwecke. Durch Berücksichtigung der strafrechtlichen Verjährung müßten nur Verwirrungen und Verwickelungen entstehen, wie sich schon im Hinblicke auf die Verschiedenheit in Ansehung des Beginnes der Verjährung und der Unterbrechungsgründe der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Verjährung ergiebt. Die Berücksichtigung empfiehlt sich um so weniger, als nach dem geltenden Reichsrechte die Entscheidung des Strafrichters für den Zivilrichter nicht bindend ist.

Verjährungsfrist. Der Entwurf (§ 719 Abs. 1) setzt die Verjährungsfrist im Einklange mit dem preuß. A. L. R. und den Reichsgesetzen über den Schutz des geistigen Eigenthumes auf drei Jahre fest. Beginn. Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Gläubiger von dem erlittenen Schaden **und** der Person des Schuldners Kenntniß erlangt hat. Das Erforderniß der Kenntniß des Schadens gewinnt namentlich Bedeutung für die Fälle, in welchen zuerst ein Schaden in Erfahrung gebracht wurde und später ein zweiter Schaden zur Kenntniß gelangt. Für diese Verjährung wird also in Ansehung des Beginnes

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 6 §§ 54, 55; österr. G. B. § 1489; code d'instr. crim. Art. 637 ff.; Zachariä II § 445, IV § 774 b; großh. hess. Verjähr. Ges. v 19. März 1853 Art. 10; schweiz. Bd. Ges. Art. 69; Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871; die Reichsgesetze über den Schutz des geistigen Eigenthumes v. 11. Juni 1870 (§ 33), 9. Januar 1876 (§ 16), 10. Januar 1876 (§ 9), 11. Januar 1876 (§ 14); R. Pat. Ges. v. 25. Mai 1877 (§ 38).

[2]) S. österr. G. B., franz. Recht, hess. Ges. (vergl. Note 1).

das in der Unkenntniß des Berechtigten liegende subjektive Hinderniß der Rechtsverfolgung ausnahmsweise zu Gunsten des Berechtigten berücksichtigt (vergl. dagegen §§ 158 Abs. 1). Daneben muß aber der Entschädigungsanspruch jedenfalls der ordentlichen Verjährung unterworfen bleiben. Wenn der Anspruch in Gemäßheit der Bestimmung des ersten Absatzes nicht bereits früher verjährt ist, beträgt die Verjährungsfrist dreißig Jahre von dem Zeitpunkte an, in welchem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, nicht von dem Zeitpunkte der Beschädigung an (§ 719 Abs. 2)[1]). Insoweit wird also umgekehrt für Fälle, in denen die Zeit der Beschädigung der Begehung der unerlaubten Handlung nachfolgt, zu Gunsten des Deliktschuldners eine Ausnahme von dem in § 158 Abs. 1 aufgestellten Grundsatze statuirt. Diese Abweichungen von dem Prinzipe des § 158 Abs. 1 beruhen auf Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit.

Die Vorschrift des § 719 trifft nur den Anspruch auf Schadensersatz (§§ 218, 219). Die kurze Verjährung läßt die auf anderen Gründen als der Beschädigung durch das Delikt beruhenden Ansprüche unberührt. Der § 720 hebt dies in Ansehung des Kondiktionsanspruches, wenn durch das Delikt nicht nur ein Schaden gestiftet, sondern der Thäter auch bereichert ist, hervor, indem zugleich der Kondiktionsanspruch inhaltlich geregelt wird. Derjenige, welcher ein Delikt begangen hat, bleibt auch nach Vollendung der in § 719 normirten Verjährung insoweit verhaftet, als er aus dem Vermögen des Beschädigten bereichert ist. Dieser Bereicherungsanspruch unterliegt der ordentlichen Verjährung. Inhaltlich und umfänglich kann der Bereicherungsanspruch des Beschädigten gegen den Thäter selbstverständlich nicht etwa in gleicher Art beschränkt werden, wie bei der condictio indebiti im Falle des andauernden guten Glaubens des Empfängers. Eine solche Milde gegen den Thäter wäre nicht allein an sich ungerechtfertigt, sondern auch nicht verträglich mit der strengeren Haftung des Empfängers einer Nichtschuld von der Zeit an, wo dieser in bösen Glauben versetzt worden (§ 741 Abs. 2). Günstiger als der letztere kann der Delik'schuldner dem Bereicherungsanspruche gegenüber unmöglich gestellt werden. Auf ihn muß die gegen den in bösen Glauben versetzten Empfänger einer Nichtschuld geltende Norm mit der Maßgabe Anwendung finden, daß mit der Zeit, wo die Bereicherung stattfand, z. B. das fremde Gut in Besitz genommen wurde, die strengere Haftung beginnt. Hiermit ist der Deliktschuldner dem Empfänger bei der condictio ob turpem causam gleichgestellt (§ 747 Abs. 2). Die Bereicherung durch Delikt und verwerflichen Empfang stehen sich augenscheinlich in der fraglichen Beziehung sehr nahe. In der Strenge gegen den Drittschuldner noch weiter zu gehen (gemäß § 741 Abs. 1), verbieten die Gründe, auf welchen die Verjährungsvorschrift des § 719 beruht. In Ansehung der auf Fahrlässigkeit beruhenden Delikte erschiene es andererseits allerdings, wenn man den Nachdruck auf den bösen Glauben legte, nicht ungerechtfertigt, die strenge Haftung des Deliktschuldners erst mit der Zeit beginnen zu lassen, wo er Kenntniß davon erlangt hat, daß sein Vermögen aus dem des Beschädigten bereichert und gegen ihn ein Bereicherungsanspruch

Kondiktionsanspruch.

---

[1]) S. die ähnliche Bestimmung des § 1999 (vergl. §§ 104, 1447, 1785).

entstanden ist. Gleichwohl darf in der in Rede stehenden Beziehung nicht zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Delikten unterschieden werden. Einmal sind es seltene Fälle, in welchen durch ein fahrlässiges Delikt der Thäter bereichert, oder, wenn dies geschehen, der Thäter erst später davon unterrichtet wird, und es ist nicht rathsam, durch Berücksichtigung solcher Ausnahmefälle die Einfachheit des Gesetzes zu beeinträchtigen. Sodann bleibt das auch nur fahrlässige Delikt immer eine unerlaubte, mitunter sogar strafbare Handlung, deren rechtliche Folgen, soweit der Bereicherungsanspruch in Frage steht, in der fraglichen Beziehung besonders zu behandeln durch die Konsequenz nicht geboten ist.

§ 721.

Buße. Durch § 721 werden vorsorglich die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Buße — Str. G. B. §§ 188, 231, Reichsgesetze v. 11. Juni 1870 §§ 18, 43, 45, v. 30. November 1874 §§ 14, 15, v. 9. Januar 1876 § 16, v. 10. Januar 1876 § 9, v. 11. Januar 1876 § 14, Pat. Ges. v. 25. Mai 1877 § 36 — ausdrücklich aufrecht erhalten[1]).

Zweiter Titel.

Einzelne unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung.

Prinzip. Vermöge des in § 704 ausgesprochenen Prinzipes und der allgemeinen Vorschrift des § 705 ist es möglich, die besonderen Vorschriften über einzelne unerlaubte Handlungen auf ein verhältnißmäßig geringes Maß zu beschränken. Die in den §§ 722—736 enthaltenen besonderen Vorschriften betreffen theils solche Thatbestände, welche schon nach dem allgemeinen Prinzipe des § 704 als unerlaubte Handlungen sich darstellen, theils solche, welchen der Karakter des Deliktes erst durch besondere Vorschrift beigelegt worden ist. Zu der ersten Kategorie gehören die Bestimmungen der §§ 722—728 und 736. Sie bezwecken, die Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die in jenem Paragraphen bezeichneten Delikte theils näher zu bestimmen, theils zu modifiziren. Zu der zweiten Kategorie gehören die Vorschriften der §§ 729—735. Auch bei dieser zweiten Kategorie von Fällen hat der Entwurf insofern an den allgemeinen Grundsätzen festgehalten, als die Haftung des zum Schadensersatze Verpflichteten nur durch ein Verschulden desselben begründet wird. Auf dieser Grundlage beruhen insbesondere auch die Bestimmungen der §§ 729—733, wenngleich dieselben aus praktischen Gründen eine Vermuthung des Verschuldens auf-

---

[1]) S. auch Str. P. O. §§ 443—446, 495.

stellen. Der Entwurf hat mithin bei Normirung des Spezialdeliktes in keinem Falle den Boden des Deliktes verlassen und dadurch die Kategorie der sog. Quasidelikte, d. h. von Thatbeständen, welche, ohne wahre Delikte zu sein, nach den Grundsätzen über Delikte behandelt werden sollen, vermieden. Es ist damit eine Quelle von Zweifeln und Streitfragen, welche sich an den Begriff der Quasidelikte bisher geknüpft haben, abgeschnitten.

Neben den in den §§ 722—736 enthaltenen besonderen Vorschriften hat jedoch der Entwurf im Zusammenhange mit anderen Materien noch in verschiedenen anderen Fällen eine von der Verletzung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen unabhängige Verpflichtung zum Schadensersatze besonders bestimmt. Dahin gehören die Vorschriften der §§ 47, 56, 604. Ferner stellt sich die unter den § 814 fallende verbotene Eigenmacht als eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704 Abs. 1 dar. Dagegen beruht der im Falle einer solchen verbotenen Eigenmacht dem Inhaber und dem Besitzer nach den §§ 819—823 gewährte Besitzschutz nicht auf dem Gesichtspunkte eines Deliktes, da derselbe — im Gegensatze zu dem auf eine solche Eigenmacht gestützten Anspruche auf Schadensersatz — von einem Verschulden des Thäters unabhängig ist.

In verschiedenen Fällen giebt ferner der Entwurf wegen dolus oder culpa in contrahendo dem Beschädigten gegen den anderen Theil einen Anspruch auf Schadensersatz (vergl. § 97 Abs. 3, 4, § 99 Abs. 2, 3, §§ 101, 345, 347, 385, 443, § 444 Abs. 1, § 622). Ob es sich jedoch in solchen Fällen, namentlich in den Fällen, in welchen trotz der Nichtigkeit des Vertrages der Ersatz des negativen Interesses verlangt werden kann, um eine Haftung aus Delikt handelt oder um eine Haftung wegen Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten, hat der Entwurf nicht entschieden, sondern die Lösung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis überlassen. Das Gleiche gilt für die in § 701 Abs. 2 bestimmte Haftung des Ausstellers einer ohne die erforderliche Staatsgenehmigung in Verkehr gelangten Schuldverschreibung auf den Inhaber wegen des durch die Ausgabe verursachten Schadens. Culpa in contrahendo.

Nicht auf einem Delikte, sondern auf der Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten beruht die in § 134 (vergl. auch § 141, § 142 Abs. 2) anerkannte Haftung des bedingt Verpflichteten, welcher während des Schwebens der Bedingung durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt.

Die in § 867 Abs. 2 bestimmte Verpflichtung zum Schadensersatze (vergl. auch § 907 Abs. 3) ist nur die Folge der Benutzung einer kraft des Gesetzes zustehenden Befugniß, die in § 1639 Satz 2 bestimmte Verpflichtung zum Schadensersatze die Folge einer auch gegenüber dem Mündel begründeten gesetzlichen Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft.

Eine besondere Regelung hat im Zusammenhange mit den Bestimmungen über den Eigenthumsanspruch ferner die Haftung des Besitzers einer fremden Sache, sowie desjenigen, welcher eine fremde Sache für den besitzenden Nichteigenthümer inne hat, gegenüber dem Eigenthümer erfahren. Diese Haftung jener Personen wegen Ersatzes des Schadens, welchen der Eigenthümer durch Handlungen derselben in Ansehung der Sache oder der Nutzungen erlitten hat, Eigenthumsanspruch.

ist nicht nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen, sondern selbständig geregelt. Für den Fall jedoch, wenn der Besitzer oder der Inhaber durch eine strafbare oder durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung sich den Besitz oder die Inhabung verschafft hat, bestimmt sich seine Verpflichtung zum Schadensersatze nach den Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen (§§ 930—935; vergl. ferner §§ 1017, 2086). Auch die Haftung desjenigen, qui dolo desiit possidere, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn der Inhaber einer fremden Sache diese für den Eigenthümer inne hat, sowie von der Haftung desjenigen, gegen welche die actio negatoria (§ 943) begründet ist (vergl. ferner §§ 978, 1017).

Reichsgesetzliche Bestimmungen. Neben den in dem Entwurfe anerkannten Spezialdelikten bleiben nach näherer Bestimmung des Einführungsgesetzes die bereits bestehenden reichsgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze aus unerlaubten Handlungen und über die Buße in Kraft, insbesondere: Vorschriften des Str. G. B. über die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen (§§ 188, 231 desselben; vergl. auch §§ 443—446 der Str. P. O.; § 721), die Vorschriften über Schadensersatz und Buße wegen Verletzung eines Urheberrechtes oder Patentrechtes (vergl. das Ges., betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken, v. 11. Juni 1870 §§ 18—25; das Ges., betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, v. 9. Januar 1876 § 16; das Ges., betr. den Schutz der Photographieen gegen unbefugte Nachbildung, v. 10. Januar 1876 § 9; das Ges., betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, v. 11. Januar 1876 § 14; das Pat. Ges. v. 25. Mai 1877 §§ 34—39), sowie die Vorschriften des Ges. über den Markenschutz v. 30. November 1874 §§ 14, 15 über Schadensersatz und Buße wegen Verletzung des Rechtes auf den ausschließlichen Gebrauch eines Waarenzeichens, eines Namens oder einer Firma zur Bezeichnung von Waaren. Auch die Vorschriften des Ges. v. 24. Mai 1880, betr. den Wucher, die Vorschriften der Konk. O. §§ 22—34 über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und des Ges. v. 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, ferner die Vorschriften des Haftpflichtges. v. 7. Juni 1871 und der verschiedenen Unfallversicherungsgesetze (vergl. Unfallversicherungsges. v. 6. Juni 1884 §§ 95—98; Ges., betr. die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung, v. 28. Mai 1885; Ges. v. 15. März 1886, betr. die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes in Folge von Betriebsunfällen, §§ 8—12; Ges. v. 5. Mai 1886, betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, §§ 116—118; Ges., betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen, v. 11. Juli 1887 § 49; Ges., betr. die Unfallversicherung der Seeleute und anderer bei der Seeschifffahrt betheiligter Personen, v. 13. Juli 1887 §§ 109—112) gehören hierher, soweit die auf den angeführten Gesetzen beruhenden Ansprüche überhaupt als Delikts- oder Quasideliktsansprüche aufzufassen sind.

In den bestehenden Rechten und in den neueren Entwürfen finden sich außer den in dem vorliegenden Entwurfe und in besonderen Reichsgesetzen normirten Spezialdelikten noch eine Reihe anderer Spezialdelikte, welche sich

theils als eine Verletzung absoluter subjektiver Rechte, theils als Uebertretung besonderer Verbotsgesetze darstellen. Durch die allgemeinen Vorschriften des Entwurfes über unerlaubte Handlungen, insbesondere die Vorschriften der §§ 704, 705, sind jedoch besondere Vorschriften in diesen Richtungen entbehrlich geworden. In dieser Beziehung ist im Einzelnen noch Folgendes zu bemerken: Ablehnung besonderer Vorschriften über:

1. Nach röm. und gemeinem Rechte richtet sich die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit zugefügter Sachbeschädigungen nach den besonderen Bestimmungen der lex Aquilia und ihrer Erweiterungen. Für eine Reihe von Fällen vorsätzlicher Sachbeschädigungen hat das röm. Recht außerdem spezielle Klagen gegeben, die jedoch zum großen Theile für das heutige Recht kein Interesse mehr haben, weil der mit jenen Klagen verbundene Strafzusatz weggefallen ist und deshalb jetzt die gewöhnlichen Grundsätze der lex Aquilia maßgebend sind. 1. Sachbeschädigung. Geltendes Recht.

Die neueren Gesetzbücher und Entwürfe haben meistens besondere Bestimmungen über Sachbeschädigungen nicht aufgenommen, da dieselben durch die allgemeinen Bestimmungen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen, namentlich durch die Anerkennung des allgemeinen Grundsatzes, daß Jeder den durch seine Schuld einem Anderen widerrechtlich zugefügten Schaden zu ersetzen hat, entbehrlich geworden sind. Das preuß. A. L. R. I, 6 §§ 82—93 enthält jedoch über die Art und Weise, wie bei Beschädigungen an Sachen der Schadensersatz zu leisten ist, einige besondere Vorschriften; namentlich bestimmt der § 91, daß, wenn eine bewegliche Sache beschädigt worden ist, der Beschädigte die Wahl hat, ob er sich mit der Werthdifferenz begnügen oder gegen Ueberlassung der Sache den Werth derselben fordern will. Auch das sächs. G. B. §§ 1483—1486 giebt in dem speziellen Theile des Obligationenrechtes einige besondere Vorschriften über Sachbeschädigungen, welche sich auf die Art der Verschuldung, die Haftung auch für mittelbaren Schaden, den Begriff der Sachbeschädigung und auf die Frage beziehen, inwieweit auch Unterlassungen zum Schadensersatze verpflichten.

Es liegt indessen kein Bedürfniß vor, in diesen oder anderen Beziehungen besondere Vorschriften über Sachbeschädigungen aufzunehmen, da die allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen ausreichen (vergl. §§ 704, 705, 218, 219, 715, 716, 223, 825). Insbesondere bedarf es auch keiner näheren Bestimmungen darüber, welchen Personen im Falle einer Sachbeschädigung der Anspruch auf Schadensersatz zusteht. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Eigenthümer der beschädigten Sache, sowie alle an derselben dinglich berechtigten Personen nach Maßgabe des § 704 Abs. 2 Ersatz des ihnen durch die Beschädigung der Sache verursachten Schadens beanspruchen können, da die Sachbeschädigung eine Verletzung des jenen Personen zustehenden absoluten Rechtes enthält. Andererseits kann der in Betreff der beschädigten Sachen blos obligatorisch Berechtigte nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 Schadensersatz fordern, wenn die Voraussetzungen des § 704 vorliegen oder sonst die Sachbeschädigung sich als eine durch die Rechtsordnung verbotene Handlung (vergl. §§ 303—324 des Str. G. B.) darstellt. Das röm. Recht hat allerdings zu Gunsten des obligatorisch zum Fruchtgenusse Berechtigten die Ausnahme gemacht, daß demselben wegen Beschädigung der noch nicht getrennten Früchte ein Anspruch auf Standpunkt des Entwurfes.

Schadensersatz nach den Grundsätzen der actio legis Aquiliae in derselben Weise, wie den an der beschädigten Sache dinglich Berechtigten, zustehen soll (vergl. l. 27 § 14 D. ad leg. Aquil. 9, 2). Es fehlt jedoch an zureichenden Gründen — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen (vergl. §§ 898, 901) — die Beschädigung der noch nicht getrennten bezw. noch nicht perzipirten Früchte in der hier fraglichen Beziehung als Verletzung eines Rechtes des blos obligatorisch zum Fruchtgenusse Berechtigten im Sinne des § 704 Abs. 2 zu behandeln, dem letzteren also gegen den Beschädiger der Früchte auch dann einen selbständigen Anspruch auf Schadensersatz zu geben, wenn die Beschädigung nicht als eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704 Abs. 1 erscheint oder der dem blos obligatorisch zum Fruchtgenusse Berechtigten zugefügte Schaden nicht vorauszusehen war. In vielen Fällen wird die Sache so liegen, daß nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 ein selbständiger Anspruch des blos obligatorisch zum Fruchtgenusse Berechtigten auf Schadensersatz begründet ist. Wo dies nicht der Fall, kann derselbe auf Grund des § 238, verglichen mit § 534, von dem zur Gewährung des Fruchtgenusses Verpflichteten geeignetenfalls die Abtretung des dem letzteren durch die Beschädigung der Früchte erworbenen Ersatzanspruches verlangen oder, sofern der Verpflichtete selbst der Beschädiger sein sollte, von diesem auf Grund der §§ 240, 369 Schadensersatz beanspruchen.

Ob der redliche Besitzer einer Sache im Falle ihrer Beschädigung auf Grund des § 704 Abs. 2 oder nur auf Grund des § 704 Abs. 1 Schadensersatz fordern kann, hängt davon ab, ob man demselben wegen der ihm nach dem Entwurfe zugewiesenen Rechtsstellung (vergl. § 900, § 794 Abs. 2, §§ 930, 939, 881, 945) ein subjektives Recht zuschreibt oder nicht. Die Beantwortung dieser Frage ist der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Ebensowenig liegt ein genügender Grund vor, die Frage durch eine Spezialbestimmung zu entscheiden, ob der redliche Besitzer gegen den Eigenthümer unter Umständen einen Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung hat, wenn letzterer durch Beschädigung der Sache die Geltendmachung des dem redlichen Besitzer zustehenden Lösungs- oder Verwendungsanspruches (§§ 936—939) vereitelt hat.

Die besonderen Bestimmungen des Entwurfes über die Haftung des Besitzers einer fremden Sache und desjenigen, welcher für denselben die Sache inne hat, wegen des dem Eigenthümer durch den Untergang oder die Verschlechterung der Sache schuldvoller Weise zugefügten Schadens (§§ 930—935) sind bereits oben S. 728, 745 f. erwähnt worden.

Schaden durch Ausgießen aus Gebäuden rc.

Ueber die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Sachbeschädigung durch Ausgießen, Auswerfen, Ausstellen oder Aushängen von Sachen aus einem Gebäude nach einer öffentlichen Straße u. s. w. hinaus, durch Thiere oder das Einstürzen eines auf einem Grundstücke befindlichen Gebäudes oder sonstigen Werkes in Folge fehlerhafter Einrichtung oder in Folge mangelhafter Unterhaltung enthalten die §§ 729—735 die nöthigen besonderen Bestimmungen. Die Gründe, aus denen es nicht für erforderlich erachtet ist, außerdem noch besondere Vorschriften über die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens aufzunehmen, welcher in Folge sonstiger fehlerhafter Beschaffenheit eines Grundstückes oder der auf demselben befindlichen, nicht unter den § 735 fallenden Anlagen oder in Folge einer auf dem eigenen Grund und Boden vorgenommenen

Thätigkeit verursacht ist, durch welche auf ein anderes Grundstück eingewirkt wird, sind in den Motiven zum § 735 dargelegt.

Schaden bei Aufruhr ꝛc.

Anlangend die in verschiedenen Partikulargesetzgebungen sich findenden besonderen Bestimmungen über die Entschädigungspflicht in Fällen des Aufruhres oder von Aufläufen und Tumulten (vergl. franz. Ges. v. 2. Oktober 1795; bad. Ges. über die Entschädigungspflicht der Gemeinden wegen der bei Zusammenrottungen verübten Verbrechen v. 13. Februar 1851; preuß. Ges. v. 11. März 1850, betr. die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatze des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens, und preuß. Verordn. v. 17. August 1835 zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der dem Gesetze schuldigen Achtung bei Aufläufen und Tumulten (§ 11); bayr. Ges. v. 12. März 1850, betr. die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatze des bei Aufläufen diesseits des Rheines verursachten Schadens), so wird das Einführungsgesetz ergeben, inwieweit derartige auf rechtspolizeilichen Gründen beruhende landesgesetzliche Vorschriften durch das bürgerliche Gesetzbuch unberührt bleiben. Dasselbe gilt von den besonderen Bestimmungen der Landesgesetze über die Entschädigungspflicht wegen Feld- und Waldfrevel (vergl. z. B. preuß. Feld- und Forstpolizeiordn. v. 1. April 1880 § 5).

Feld- und Waldfrevel.

2. Entwendung.

2. Im Gegensatze zum röm. und gemeinen Rechte haben die neueren Gesetzgebungen, mit Ausnahme des sächs. G. B., sich besonderer Bestimmungen über den Schadensersatz wegen Entwendung (furtum) enthalten. Das sächs. G. B. (§§ 1499, 1500) entscheidet einige gemeinrechtliche Streitfragen, indem es bestimmt, daß der Entwender einem Jeden, welcher durch die Entwendung Schaden erleidet, zum Schadensersatze verpflichtet ist, ferner, daß derjenige, welcher sich nach der Entwendung an derselben betheiligt, für Schadensersatz haftet, soweit durch seine Betheiligung Schaden verursacht ist. Außerdem enthält dasselbe die Vorschrift, daß der Entwender wegen Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht, keinen Anspruch auf Erstattung hat.

Für den Entwurf ist die Aufnahme besonderer Bestimmungen über den Schadensersatz wegen Entwendung entbehrlich, indem auch in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze, nämlich die Vorschriften über unerlaubte Handlungen und über ungerechtfertigte Bereicherung, genügen (vergl. §§ 704, 705, 218, 219, 715—718, 223; ferner § 748, § 737 Abs. 3, §§ 721, 879, 897, 935, 825). Insbesondere ergiebt sich aus § 704 Abs. 1 in Verbindung mit dem § 705 und den §§ 242, 249, 266, 289, 291, 370 Nr. 5, 257, 259 des Str. G. B., daß auch der in Betreff der entwendeten Sache nur obligatorisch Berechtigte nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 zum Schadensersatze berechtigt ist. War er zugleich Inhaber, so hat er außerdem nach § 748 verb. mit § 737 Abs. 3 die condictio sine causa auf Herausgabe der Bereicherung. Selbstverständlich ist es ferner nach § 704, daß der Begünstiger und der Hehler insoweit haften, als sie durch ihre eigenen Handlungen einen Schaden zugefügt haben (vergl. auch §§ 935, 2086). Sind sie zugleich Anstifter oder Gehülfen gewesen, so findet § 714 Anwendung.

Forstdiebstahl ꝛc.

Anlangend die in Forstdiebstahlsgesetzen und in Forst- und Feldpolizeiordnungen sich findenden besonderen Bestimmungen über die Entschädigungspflicht wegen Entwendungen (vergl. z. B. preuß. Ges., betr. den Forstdiebstahl,

v. 15. April 1878 §§ 11, 12; preuß. Feld- und Forstpolizeiges. v. 1. April 1880 § 5), so wird insoweit das Einführungsgesetz einen geeigneten Vorbehalt für die Landesgesetze aufzunehmen haben.

3. Ehrverletzung. Geltendes Recht.

3. Die gemeinrechtliche actio injuriarum aestimatoria, d. h. der Strafanspruch des in seiner Ehre Gekränkten auf Leistung einer Geldsumme, deren Höhe er selbst ansetzen, der Richter aber ermäßigen kann, sowie der Anspruch desselben auf Ehrenerklärung, Widerruf und Abbitte sind, soweit sie nicht schon — was vielfach geschehen — durch die Partikulargesetzgebungen aufgehoben worden waren, durch die Reichsgesetzgebung beseitigt. Es ist allerdings bestritten, ob diese Beseitigung schon aus dem § 2 des Einf. Ges. zum Str. G. B. hergeleitet werden kann. Mag man aber auch in dieser Beziehung der einen oder anderen Ansicht folgen, jedenfalls sind jene Ansprüche durch den § 11 des Einf. Ges. zur Str. P. O. abgeschafft, indem derselbe bestimmt, daß die Verfolgung von Beleidigungen nur nach den Vorschriften der Str. P. O. stattfindet. Wie die Protokolle der R. Just. Komm. S. 767 ff. bestätigen, bezweckt diese Bestimmung namentlich den Ausschluß der actio injuriarum aestimatoria und des Anspruches auf Ehrenerklärung, Widerruf und Abbitte. Dagegen ist der nach dem Zivilrechte etwa begründete Anspruch auf Ersatz des durch die Beleidigung verursachten Schadens durch jene Bestimmung nicht berührt. In neuerer Zeit ist übrigens die Ansicht vertreten worden, daß die gemeinrechtliche actio injuriarum durch die angeführten reichsgesetzlichen Bestimmungen überhaupt nur für das Gebiet der eigentlichen Ehrverletzung, nicht auch für die injuriöse Verletzung fremder Rechte beseitigt sei.

Da die actio injuriarum nach röm. Rechte, wenigstens nach der herrschenden, in neuerer Zeit indessen lebhaft bestrittenen Ansicht, eine reine Strafklage, nicht zugleich reipersekutorisch ist, so kann, wenn man sich auf den Boden der herrschenden Auffassung stellt, gemeinrechtlich der Ersatz eines durch die Injurie verursachten Schadens nur unter der Voraussetzung verlangt werden, daß zugleich der Thatbestand eines anderen Deliktes, sei es der actio legis Aquiliae oder der actio doli, vorliegt. Einzelne Rechtslehrer und Gerichtshöfe haben jedoch der actio legis Aquiliae eine solche Ausdehnung gegeben, daß mittels jener Klage stets auch der Ersatz des durch eine Injurie zugeführten Vermögensschadens verlangt werden kann.

Die neueren Gesetzgebungen stehen auf dem Standpunkte, daß die Injurie als solche einen Anspruch auf Ersatz des dadurch verursachten Vermögensschadens begründet (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 § 131; österr. G. B. § 1330; sächs. G. B. § 1501; württemb. Ges. v. 5. September 1839 über die privatrechtl. Folgen der Verbrechen ꝛc. Art. 18 Abs. 1; bad. Ges. v. 6. März 1845, die privatrechtl. Folgen der Verbrechen betr., § 14; hess. Entw. Art. 669, bayr. Entw. Art. 952, dresd. Entw. Art. 1013); doch gewähren einzelne derselben (sächs. G. B., bayr. Entw., dresd. Entw.) den Anspruch auf Schadensersatz nicht in allen Fällen der Ehrverletzung, sondern nur in den Fällen der Verleumdung und der Verbreitung falscher Nachrichten über die Person, Vermögens- und Geschäftsverhältnisse eines Anderen. Der code civil und das schweiz. Bd. Ges. sprechen zwar die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Ehrverletzung nicht besonders aus; sie ergiebt sich aber aus den allgemeinen Bestimmungen dieser Gesetzbücher über

den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen (code civil Art. 1382 ff.; schweiz. Bd. Ges. Art. 50, 51, 55). Da der Entwurf in den Titel, welcher die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen betrifft (vergl. § 704 Abs. 2 Satz 2), die Vorschrift aufgenommen hat, daß als Verletzung eines Rechtes im Sinne des § 704 Abs. 2 Satz 1 auch die Verletzung der Ehre anzusehen sei, so sind besondere Bestimmungen über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Ehrverletzung nicht weiter erforderlich. Aus jener Vorschrift in Verbindung mit dem § 218 folgt, daß bei jeder Beleidigung der volle Ersatz des Vermögensschadens einschließlich des entgangenen Gewinnes verlangt werden kann. Zu dem Vermögensschaden gehört insbesondere auch der Schaden, welchen der Verletzte in Folge der Beleidigung in seinem Erwerbe und seinem Fortkommen erleidet. Dies besonders hervorzuheben (vergl. württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 18 Abs. 1; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 14; hess. Entw. Art. 669, bayr. Entw. Art. 952, dresd. Entw. Art. 1013; § 188 des Str. G. B.) ist überflüssig, um so mehr, als der Richter in Gemäßheit des § 260 der C. P. O. über Existenz und Höhe des Schadens nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, insbesondere also auch auf die Folgen für Erwerb und Fortkommen Rücksicht zu nehmen hat. Eine andere Frage ist, ob es sich nicht empfehlen würde, die Bestimmung aufzunehmen, daß der Thäter auch dann eine Geldentschädigung zu leisten habe, wenn nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb und das Fortkommen des Verletzten zwar noch nicht eingetreten sind, aber einzutreten drohen. In diesem Sinne wird vielfach die auf die Buße bei gewissen Arten von Beleidigungen sich beziehende Bestimmung des § 188 des Str. G. B. aufgefaßt. Es ist jedoch als bedenklich erachtet, neben die beiden Fälle, wenn ein Vermögensschaden und wenn ein anderer als ein Vermögensschaden eingetreten ist (vergl. §§ 218, 221), noch den dritten zu stellen, wenn ein Vermögensschaden nur droht. In den letzten Fällen steht in der That ein Vermögensschaden in Frage, welcher nur nach den für diesen geltenden Regeln sich beurtheilen läßt. Die Aufnahme der in Rede stehenden Bestimmung erscheint um so weniger gerechtfertigt, als in den betreffenden Fällen meist ein wirklicher Vermögensschaden bereits vorliegt und die im § 260 der C. P. O. dem Richter beigelegte Befugniß, „nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe", genügende Gewähr bietet, daß auch ohne die fragliche Bestimmung der Verletzte stets zu der gebührenden Entschädigung gelangt. Standpunkt des Entwurfes.

Nach § 221 umfaßt aber die dem Verletzten gebührende Entschädigung nur den Vermögensschaden. Auch bei der nach § 188 des Str. G. B. in gewissen Fällen der Beleidigung statthaften Zuerkennung einer Buße ist, wenigstens nach der herrschenden Meinung, ein anderer als ein Vermögensschaden nicht zu berücksichtigen (vergl. Entsch. d. R. G. in Straff. XV, 108). Von dem Prinzipe des § 221 bei Beleidigungen eine Ausnahme zu machen und nach dem Vorbilde der franz. Jurisprudenz (vergl. jedoch dagegen Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 84) und des schweiz. Bd. Ges. Art. 55 dem Verletzten auch wegen eines nicht vermögensrechtlichen Schadens einen Anspruch auf eine billige Geldentschädigung einzuräumen, kann als angemessen nicht erachtet werden. Nicht vermögensrechtlicher Schaden.

Es würde dies sachlich die Wiedereinführung der actio injuriarum aestimatoria bedeuten, deren Unterdrückung bereits bei der Berathung der Str. P. O. für nöthig befunden ist.

Beschädigung Dritter.

Inwieweit auch dritte Personen, welche durch die Beleidigung, insbesondere die Verleumdung oder Kreditgefährdung, eines Anderen beschädigt worden sind, Schadensersatz fordern können, richtet sich nach § 704 Abs. 1.

4. Schädigung persönlicher Interessen:

4. Verschiedene Rechte enthalten ferner Spezialbestimmungen über die Entschädigungspflicht in solchen Fällen, in welchen die That weniger ein absolutes Persönlichkeitsrecht (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Ehre; vergl. § 704 Abs. 2 Satz 2, §§ 722—728) eines Anderen, als nur persönliche Interessen desselben schädigt. Dahin gehören namentlich:

a) Verführung zur Unzucht, Entführung 2c.

a) Die Verführung zur Unzucht, die Entführung, soweit dieselbe sich nicht schon als Freiheitsberaubung darstellt (vergl. zu § 727), die Nothzucht, der Mißbrauch einer in willenlosem oder bewußtlosem Zustande befindlichen Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe, die betrügliche Verleitung zur Gestattung des Beischlafes durch Vorspiegelung einer Trauung oder durch Erregung oder Benutzung eines Irrthumes, in welchem die Frauensperson den Beischlaf für einen ehelichen hielt, ferner die mehrfache Ehe und die betrügliche Verleitung zur Eingehung einer ungültigen Ehe. Die Gesetzgebungen gewähren in Fällen dieser Art dem Verletzten theils einen Anspruch auf Ausstattung, theils einen Anspruch auf sonstige Entschädigung (vergl. preuß. Ges., betr. die Abänderungen des Abschnittes II Tit. 1 Th. II des A. L. R., v. 24. April 1854; sächs. G. B. §§ 1551—1553; altenb. Ges., die Rechtsansprüche außerehelich Geschwächter u. s. w. betr., v. 29. Mai 1876 §§ 1—3; meining. Ges. v. 9. September 1844 Art. 4 ff.; coburg. Ges., die Entschädigungsansprüche der Frauenspersonen aus einem Beischlafe und aus der Verleitung zu einer ungültigen Ehe betr., v. 28. Juli 1858; Ges. für Reuß ä. L. v. 4. Januar 1854 § 12; württemb. Ges. über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen u. s. w., v. 5. Sept. 1839 Art. 18, 28; bad. Ges. über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen v. 6. März 1845 §§ 14 ff.).

Die Gründe, welche den Entwurf bestimmt haben, der außerehelich geschwächten oder geschwängerten Frauensperson lediglich auf Grund des Beischlafes als solchen, auch wenn sie zu demselben verführt worden ist, einen Entschädigungsanspruch nicht zu gewähren, insbesondere die sog. Deflorationsklage zu beseitigen, sind in den Motiven zu § 1577 dargelegt. Anlangend die übrigen hier in Rede stehenden Fälle, so genügen die allgemeinen Grundsätze über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen in Verbindung mit der besonderen Vorschrift des § 728 Abs. 2, um dem Verletzten zu der ihm gebührenden Entschädigung zu verhelfen. Es läßt sich allerdings in Zweifel ziehen, ob in solchen Fällen die Verletzung eines subjektiven Rechtes im Sinne des § 704 Abs. 2 stets vorliegt, mithin auch der nicht voraussehbare Vermögensschaden zu ersetzen ist. Der Zweifel bedarf indessen nicht der Lösung, da, auch wenn verneinend zu entscheiden sein sollte, die Verantwortlichkeit des Thäters nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 genügt, indem in den betreffenden Fällen regelmäßig eine strafbare Handlung, mithin eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704 Abs. 1 vorliegt (vergl. die §§ 182, 237, 177, 179,

171, 170 des Str. G. B.) und nach den konkreten Umständen die Annahme gerechtfertigt sein wird, daß der Thäter den mit seiner That für den Verletzten verbundenen Schaden, wenn auch nicht dem Umfange, so doch — was zur Anwendung des § 704 Abs. 1 genügt — seiner Existenz nach vorausgesehen habe oder doch habe voraussehen können. Insbesondere ist auch kein Bedürfniß vorhanden, für den Fall besondere Vorsorge zu treffen, wenn ein unbescholtenes Mädchen, welches das sechszehnte Lebensjahr nicht vollendet hat, zum Beischlafe verführt ist (vergl. preuß. Ges. v. 24. April 1854 § 6; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 18; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 14; altenb. Ges. v. 29. Mai 1876 § 1); da in diesem Falle nach dem § 182 des Str. G. B. eine strafbare Handlung vorliegt, so kann die Verletzte, wenn nicht schon wegen Verletzung ihrer Ehre nach Maßgabe des § 704 Abs. 2, jedenfalls nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 verb. mit § 218 den vollen Ersatz des ihr durch die That zugefügten Vermögensschadens verlangen. Insbesondere steht dem Entschädigungsanspruche auch die Einwilligung der Verletzten nicht entgegen, da diese Einwilligung nach dem § 706 verb. mit dem § 65 Abs. 3 als ein von einer Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft auch zivilrechtlich ohne rechtliche Wirksamkeit ist.

Selbstverständlich hat in allen hier in Rede stehenden Fällen der Richter bei der Frage, ob ein Schaden vorhanden ist und wie hoch sich derselbe beläuft, in Gemäßheit des § 260 der C. P. O. insbesondere auch auf die mit der That verbundenen nachtheiligen Folgen für den Erwerb und das Fortkommen des Verletzten Rücksicht zu nehmen, da solche Nachtheile zu dem Vermögensschaden im Sinne des § 218 gehören. Dagegen kann in den hier fraglichen Fällen der Verletzte, sofern die Handlung nicht unter die besonderen Vorschriften des § 728 fällt, den Ersatz eines nichtvermögensrechtlichen Schadens nicht verlangen (§ 221). Es würde ein Preisgeben des Prinzipes des § 221 sein, wenn der Entwurf wegen Verletzung persönlicher Interessen über die Fälle des § 728 hinaus allgemein nach dem Vorbilde anderer auf dem entgegengesetzten Prinzipe beruhender Gesetzgebungen, insbesondere nach dem Vorbilde des franz. Rechtes (Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 84) und des schweiz. Bd. Ges. Art. 55, die Zuerkennung einer billigen Geldentschädigung wegen eines nichtvermögensrechtlichen Schadens zulassen wollte.

b) Inwieweit wegen Verlöbnißbruches Entschädigung verlangt werden kann, ergeben die §§ 1227, 1228. Die Gründe, aus welchen der Entwurf in weiterem Umfange durch besondere Vorschriften einen solchen Entschädigungsanspruch nicht anerkannt hat, sind zu §§ 1227, 1228 dargelegt. b) Verlöbnißbruch.

c) In diesem Zusammenhange mag noch erwähnt werden, daß das röm. Recht nach Analogie der dem Herrn eines Sklaven gegen dessen Verführer gegebenen actio servi corrupti auch dem Vater gegen den Verführer seines in väterlicher Gewalt befindlichen Kindes einen Anspruch auf Entschädigung wegen Beschädigung des Geistes gewährt. Die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller halten diese Bestimmung, wenigstens dann, wenn durch die Verführung ein Vermögensinteresse des Vaters verletzt ist, noch für anwendbar. In die modernen Anspruch des Vaters gegen den Verführer.

Gesetzgebungen ist dieselbe nicht übergangen. Ein genügender Anlaß, in dieser Richtung eine Spezialbestimmung zu geben, liegt nicht vor. Unter Umständen kann in dem in Rede stehenden Falle nach den allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens begründet sein (vergl. § 704 Abs. 1, §§ 705, 218, 221).

5. Betrug: Actio doli.

Geltendes Recht.

5. Das röm. Recht gewährt wegen doloser Schadenszufügung dem Beschädigten, sofern die Handlung nicht den Thatbestand eines anderen Deliktes bildet, die actio doli, bezw. in solchen Fällen, in welchen die mit der actio doli verbundene infamirende Wirkung unbillig zu sein schien, eine actio in factum auf Schadensersatz. Hat der die actio doli begründende dolus bei Erwerb eines Anspruches stattgefunden, so erzeugt der dolus zugleich eine Einrede gegen den Anspruch, und zwar hat diese Einrede neben der actio doli eine selbständige Existenz, so daß sie von der Verjährung der actio doli unberührt bleibt (vergl. l. 2 pr., l. 5 § 6 D. de doli exc. 44, 4; Entsch. d. R. G. in Civils. II, 40). Der zivilrechtliche Begriff des dolus umfaßt aber nach röm. Rechte nicht nur den eigentlichen Betrug, vielmehr ist er auch auf andere Fälle eines arglistigen Verhaltens ausgedehnt worden (vergl. einerseits l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3, andererseits l. 7 § 6, l. 18 § 5, l. 19, l. 33, l. 34 D. eod., l. 16 § 1, l. 5 § 3 D. de praescr. verb. 19, 5, l. 10 § 6 D. de in rem verso 15, 3, l. 1 § 12 D. de aqua pluv. 39, 3); doch gehen in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz die Ansichten darüber auseinander, wie weit hiernach der Begriff des dolus im Sinne der actio und exceptio doli reicht. Doktrin und Praxis neigen indessen dahin, jede mit Treue und Glauben in Widerspruch tretende, bewußt schädigende Handlungsweise als dolus im Sinne jener Rechtsbehelfe aufzufassen (Entsch. d. R. G. in Civils. VIII, 46, XVIII, 11 S. 71 ff). Insbesondere geben Doktrin und Praxis in solchen Fällen, in welchen eine mit einer gegen den dritten Erwerber nicht zulässigen Einrede behaftete Forderung in der unredlichen Absicht veräußert und erworben wird, dem Schuldner durch die Veräußerung die demselben gegen den Veräußerer zustehende Einrede abzuschneiden, dem Schuldner gegen den Erwerber als Theilnehmer an dem dolus des Veräußerers die exceptio doli (Entsch. d. R. O. H. G. XV, 8, XVII, 36 S. 158 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. IV, 27, XI, 2; Entsch. d. R. G. bei Gruchot XXVII, S. 998; ferner über einen analogen Fall Entsch. d. R. G. in Civils. XI, 34). Für einzelne Fälle arglistiger Schadenszufügung hat das röm. Recht außerdem noch besondere Klagen anerkannt.

Von den neueren Gesetzgebungen haben das preuß. A. L. R., das österr. G. B., der code civil, der bayr. Entw. und das schweiz. Bd. Ges. neben dem Grundsatze, daß Jeder den durch seine Schuld verursachten Schaden zu ersetzen verpflichtet ist, und neben den Vorschriften über die Folgen des Betruges bei Rechtsgeschäften, besondere Bestimmungen über Schadensersatz wegen Betruges nicht aufgenommen. Dagegen enthält nach dem Vorgange des hess. Entw. Art. 679 und des sächs. G. B. §§ 1504, 1505 der dresd. Entw. Art. 1014 neben jenem Grundsatze und neben den Bestimmungen über die Folgen des Betruges bei Rechtsgeschäften (sächs. G. B. §§ 834, 850, 851; dresd. Entw. Art. 71, 73, 74) in dem Abschnitte über die Spezialdelikte die besondere Vorschrift, daß derjenige, welcher in betrügerischer Absicht einen

Anderen zur Vornahme oder Unterlassung von Handlungen verleitet und dadurch in Schaden gebracht hat, dem Beschädigten zum Ersatze dieses Schadens verpflichtet sei.

Im Hinblicke auf den § 705 in Verbindung mit dem § 704 ist die Aufstellung besonderer Normen über den zivilrechtlichen Betrug entbehrlich. Jene Bestimmungen decken nicht nur die Fälle des strafrechtlichen, sondern auch die Fälle des nach röm. Rechte die actio doli begründenden zivilrechtlichen Betruges. Ueberall, wo Jemand — abgesehen von der Uebertretung eines Straf- oder besonderen Verbotsgesetzes — durch arglistiges Handeln gegen Treue und Glauben einem Anderen einen Schaden zufügt, wo also nach der römischrechtlichen oder gemeinrechtlichen Doktrin die actio doli begründet ist, liegt auch eine, zwar kraft der allgemeinen Freiheit erlaubte, jedoch gegen die guten Sitten verstoßende und deshalb unter den § 705 fallende widerrechtliche Handlung vor. Widerrechtlich ist nach dem § 705 insbesondere der Erwerb einer Forderung, welche mit einer gegen den dritten Erwerber nicht zulässigen Einrede behaftet ist, wenn der Erwerb zu dem Zwecke erfolgt ist, um dem Schuldner die Einrede abzuschneiden und zu entziehen (vergl. § 689). In dem Erwerbe liegt eine gegen die guten Sitten verstoßende und wegen des mit der Veräußerung verbundenen Einredeverlustes zugleich den Schuldner schädigende Handlung, welche nach Maßgabe des § 219 einen Anspruch des Schuldners gegen den Erwerber auf Beseitigung des durch die Veräußerung geschaffenen nachtheiligen Zustandes, d. h. auf Zulassung der durch die Veräußerung an sich ausgeschlossenen Einrede begründet, einen Anspruch, welchen er auch im Wege der Einrede gegen den Erwerber geltend machen kann. Ein Bedürfniß, in der hier fraglichen Beziehung durch eine besondere Bestimmung Vorsorge zu treffen, würde nur dann anzuerkennen sein, wenn die Schädigung des Schuldners nicht schon mit dem Erwerbe der Forderung vollzogen wäre, sondern erst aus der Geltendmachung derselben entspränge, da nach den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes die, wenn auch mißbräuchliche Ausübung eines Rechtes als eine unerlaubte Handlung sich nicht betrachten läßt (vergl. § 705). Der § 705 deckt nicht nur die Fälle, in welchen der Veräußerer und der Erwerber oder allein der Erwerber arglistig gehandelt haben, sondern auch den Fall, in welchem lediglich dem Veräußerer eine Arglist zur Last fällt und es sich darum handelt, ob der Veräußerer dem zur Zahlung genöthigten Schuldner zum Schadensersatze verpflichtet ist. Diese Frage muß, weil die Veräußerung als eine kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung anzusehen ist, nach § 705 gleichfalls bejaht werden; es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob nicht der Schuldner in einem solchen Falle meistens auch auf anderem Wege — auf Grund des zwischen ihm und dem Veräußerer sonst bestehenden Vertragsverhältnisses oder nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 748) — an dem Veräußernden sich erholen kann.

Standpunkt des Entwurfes: Verstoß gegen die guten Sitten

Erwerb einer Forderung zur Abschneidung von Einreden.

Wie oben bereits erwähnt wurde, kann in solchen Fällen, in welchen der Gläubiger bei dem Erwerbe seines Anspruches sich dem Schuldner gegenüber eines die actio doli begründenden arglistigen Verhaltens schuldig gemacht hat, der Schuldner gegen den Anspruch des Gläubigers nach den allgemeinen Grundsätzen sich auch im Wege der Einrede (exceptio doli) schützen. In Er-

Exceptio doli.

mangelung einer besonderen Bestimmung hat diese Einrede jedoch keine selbständige Existenz, so daß sie mit der Aufhebung des Anspruches, auf welchem sie beruht, also namentlich auch mit der Verjährung desselben (§ 182 Abs. 1) hinwegfällt (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. II, 40). Dieses dem ersten Anscheine nach befremdende Resultat kann den Gedanken anregen, ob es sich nicht empfiehlt, nach dem Vorgange des röm. Rechtes (vergl. S. 754) in den betreffenden Fällen dem Schuldner neben der actio doli eine selbständige exceptio doli zu gewähren, zumal auch in anderen Fällen aus ähnlichen Rücksichten neben einem Anspruche eine demselben entsprechende, aber selbständige Einrede gegeben ist (vergl. § 427 Abs. 1, § 684 Abs. 1, § 1952 Abs. 2). Juristisch ließe sich die Bestimmung, daß dem Beschädigten die exceptio doli auch nach der Verjährung der actio doli bleibt, von dem Gesichtspunkte aus rechtfertigen, daß die Forderung an einer inneren Schwäche leide, welche es mit sich bringe, daß die Einrede, mit welcher die Forderung behaftet sei, nicht verjähren könne. Gegen die Aufnahme einer solchen Bestimmung spricht indessen, daß damit der Vorschrift des § 719 ein großer Theil ihrer Bedeutung entzogen werden würde. Die Ablehnung derselben ist auch wegen des § 720 nicht so bedenklich, wie es Anfangs scheinen kann. Am wenigsten gerechtfertigt würde die Vorschrift zudem in den Fällen sein, in welchen ein Rechtsgeschäft durch Betrug veranlaßt ist, weil alsdann der Beschädigte schon durch die einfache außergerichtliche Anfechtungserklärung, welche das Geschäft mit den Wirkungen der Nichtigkeit zu Falle bringt (§§ 103, 112, 113), sich schützen kann.

Durch Betrug veranlaßte Willenserklärung.

Anlangend das Verhältniß des Anspruches auf Schadensersatz aus dem Delikte zu dem Anfechtungsrechte in solchen Fällen, in welchen Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung von einem Anderen durch Betrug bestimmt worden ist (vergl. §§ 103, 104, 112, 113), so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Betrogene, auch wenn er von dem Rechte der Anfechtung Gebrauch gemacht hat, trotzdem nach Maßgabe der Vorschriften über unerlaubte Handlungen daneben insoweit Schadensersatz (Ersatz des negativen Interesses) beanspruchen kann, als nicht durch die dinglich wirkende Anfechtung die nachtheiligen Folgen des Betruges wieder beseitigt sind (vergl. preuß. A. L. R. I, 4 §§ 86, 88, 90; österr. G. B. § 874; sächs. G. B. § 851; bayr. Entw. I Art. 29, dresd. Entw. Art. 74; schweiz. Bd. Ges. Art. 24, 25, 28). Der Betrogene ist aber auch berechtigt, statt von dem Rechte der Anfechtung Gebrauch zu machen, nach Maßgabe der Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen (§§ 705, 704, 219) auf obligatorischem Wege von dem Betrüger die Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen der durch Betrug veranlaßten Willenserklärung und Ersatz des sonstigen negativen Interesses zu verlangen (vergl. sächs. G. B. § 851; dresd. Entw. Art. 74). Von praktischer Bedeutung kann dieses Recht namentlich insofern werden, als nach dem § 104 die Anfechtung an eine einjährige Präklusivfrist von der Entdeckung des Betruges an geknüpft ist, während der Anspruch auf Schadensersatz aus dem Delikte erst binnen drei Jahren von dem Zeitpunkte an verjährt, in welchem der Betrogene von dem erlittenen Schaden und der Person des Schuldners Kenntniß erlangt hat, es sei denn, daß von dem Zeitpunkte an, in welchem der Betrug begangen ist, dreißig Jahre verstrichen sind (§ 719). Das Nebeneinanderbestehen des Rechtes

Schadensersatz neben Anfechtung.

der Anfechtung und des Wiederherstellungsanspruches aus dem Delikte hat um so weniger Bedenken, als die kurze Präklusivfrist für die Ausübung des Anfechtungsrechtes wesentlich in der weitgreifenden, in rem gehenden Wirkung der Anfechtung ihren Grund hat. In der Regel wird übrigens in dem Verlangen des Betrogenen auf Wiederherstellung des früheren Zustandes eine Anfechtungserklärung (§ 113) und andererseits in dem Verzichte auf die Anfechtung auch ein Verzicht auf den Wiederherstellungsanspruch liegen.

6. In der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis ist bestritten, ob derjenige, welcher eine ungerechtfertigte Arrestanlage erwirkt hat, dem Gegner zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens unbedingt oder nur dann verpflichtet ist, wenn ihm Arglist oder doch Fahrlässigkeit zur Last fällt (vergl. Seuffert I, 148, XXI, 55 S. 103, XXVII, 75, XXXVIII, 290, XXXIX, 13, 107, XLII, 288; Entsch. d. R. G. in Civils. XI, 111). Von den neueren Gesetzbüchern enthält nur das preuß. A. L. R. in der hier fraglichen Beziehung besondere Vorschriften, indem dasselbe bestimmt, daß derjenige, welcher Sachen unrechtmäßiger Weise mit Arrest belegt, dem Gegner wegen des dadurch verursachten Schadens haftet (A. L. R. I, 6 §§ 137, 138; vergl. auch preuß. A. G. O. I, 29 §§ 37, 80). In der preuß. Doktrin bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob auf Grund jener Bestimmungen der Arrestleger unbedingt zum Ersatze des durch die ungerechtfertigte Arrestanlage verursachten Schadens verpflichtet sei. Die Praxis ist jedoch der Ansicht gefolgt, daß auch in dem betreffenden Falle die Entschädigungspflicht des Arrestlegers von einem Verschulden desselben abhängig sei (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XXI, 24; Urtheil d. R. G. bei Gruchot XXV S. 953 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 116, XI, 111, XVI, 72 S. 328); dasselbe wird für das franz. Recht angenommen (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. XIII, 72 S. 301). 6. Arrestanlegung. Geltendes Recht.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist nach dem Entwurfe der Arrestleger zum Ersatze des durch die ungerechtfertigte Arrestanlage verursachten Schadens nicht unbedingt, sondern nur dann verpflichtet, wenn die Voraussetzungen der §§ 704, 705 vorliegen. Ein Bedürfniß, die Entschädigungspflicht des Arrestlegers — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen — besonders zu regeln, ist nicht anzuerkennen. Dasselbe gilt von der Schadensersatzpflicht des Klägers, welcher die Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren, später wieder aufgehobenen Urtheile erwirkt hat, jedoch vorbehaltlich der auf den Rückforderungsanspruch sich beziehenden besonderen Vorschrift des § 746 verb. mit § 745 Abs. 2, und § 244 (vergl. Urth. d. R. G. bei Seuffert XXXIX, 107 und Entsch. d. R. G. in Civils. XI, 111). Eine andere hier nicht zu entscheidende Frage ist, ob in den betreffenden Fällen nach den Vorschriften der C. P. O. eine unbedingte Verpflichtung zum Schadensersatze begründet ist, eine Frage, welche in der Theorie bestritten, von dem Reichsgerichte jedoch verneint ist (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 116, XI, 111, XIII, 72; Urtheile d. R. G. bei Seuffert XXXIX, 107; vergl. aber auch Entsch. d. R. G. in Civils. VIII, 4 S. 21). Standpunkt des Entwurfes.

7. Wegen der Gründe, aus welchen — abgesehen von den Fällen, in welchen es sich um die Verletzung einer Amtspflicht handelt (§ 736) — weitere besondere Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Ver- 7. Verletzung einer Berufspflicht.

letzung einer Berufspflicht als entbehrlich erachtet sind, wird auf die Motive zu § 736 verwiesen.

8. Gewalt, Drohung. Geltendes Recht.

8. Im Anschlusse an die Bestimmungen des röm. und gemeinen Rechtes über die actio quod metus causa haben der hess. Entw. Art. 678, das sächs. G. B. §§ 1502, 1503 und der dresd. Entw. Art. 1015 neben den Vorschriften über die Folgen der Anwendung von Gewalt und Drohung bei Rechtsgeschäften (sächs. G. B. §§ 834, 850, 851; dresd. Entw. Art. 71, 73, 74) und neben dem allgemeinen Prinzipe, daß Jeder den durch seine Schuld einem Anderen widerrechtlich zugefügten Schaden zu ersetzen hat, in dem Abschnitte über die Spezialdelikte noch besondere Bestimmungen über den Ersatz des durch Gewalt oder Drohung verursachten Schadens bezw. über die Haftung Dritter, welchen in Folge der Gewalt oder Drohung etwas zugekommen ist, aufgenommen. Dagegen sind nach dem preuß. A. L. R., dem österr. G. B., dem code civil, dem bayr. Entw. und dem schweiz. Bd. Ges. in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen und über die Ungültigkeit erzwungener Rechtsgeschäfte maßgebend. Im Zusammenhange mit den Vorschriften über den Einfluß des Zwanges auf die Gültigkeit eines erzwungenen Rechtsgeschäftes bestimmen jedoch das österr. G. B. § 870 verb. mit § 874 und der bayr. Entw. I Art. 20 Abs. 3 (vergl. auch sächs. G. B. § 851; dresd. Entw. Art. 74; schweiz. Bd. Ges. Art. 28 Abs. 2) ausdrücklich, daß der Zwingende insoweit, als der durch den Zwang entstandene Schaden nicht schon durch die Anfechtung des Rechtsgeschäftes ausgeglichen wird, zum Schadensersatze verpflichtet ist.

Standpunkt des Entwurfes.

Die Aufnahme besonderer Rechtsnormen über die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Anwendung von Gewalt und Drohung ist entbehrlich. Neben den Vorschriften über die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen widerrechtlicher Drohung (§§ 103, 104, 112, 113) sind die allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen (§§ 704, 218, 219 verb. mit § 705 und den §§ 242, 255 des Str. G. B.) und die Vorschriften über Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 745, 747, 748, 720, 839, 880, 897) als ausreichend zu erachten.

Rechte gegen Dritte,

Anlangend insbesondere den Schutz des Gezwungenen gegenüber Dritten, welche dasjenige in die Hände bekommen haben, was dem Gezwungenen durch den Zwang entzogen ist (vergl. l. 14 §§ 3, 5, l. 18 D. quod metus causa 4, 2; sächs. G. B. §§ 850, 1503; bayr. Entw. I Art. 20, dresd. Entw. Art. 71, 1015, 222), so ist der Gezwungene, wenn er durch widerrechtliche Drohung zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes bestimmt worden war und der Dritte das demselben durch die Drohung Entzogene noch in Händen hat, durch die Vorschriften über die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen widerrechtlicher Drohung (§§ 103, 104, 112, 113) genügend geschützt, soweit nicht die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, im Interesse der Sicherheit des Verkehres auch in dieser Beziehung eine Ausnahme machen (vergl. §§ 837, 877, 879). War der Dritte bei der

Theilnehmer ꝛc.

Drohung als Anstifter, Mitthäter oder Gehülfe betheiligt, so ist er außerdem nach § 714 mit dem Thäter als Gesammtschuldner zum Schadensersatze verpflichtet. Ebenso haftet der Dritte, welcher, von dem Zwange wissend, den

abgezwungenen Gegenstand an sich brachte, nach § 704 Abs. 1 wegen Schadensersatzes, wenn die Voraussetzungen der Begünstigung oder der Hehlerei nach den §§ 257, 259 des Str. G. B. vorliegen oder seine Handlungsweise unter den § 705 fällt. Hat der Dritte die abgezwungenen Gegenstände zwar in gutem Glauben, jedoch unter solchen Umständen erworben, daß ihn der gutgläubige Erwerb gegen die Anfechtung nicht sichert (vergl. § 877), und hat er die erworbenen Gegenstände später, nachdem er von dem Zwange Kenntniß erhalten hat, aber vor erfolgter Anfechtung veräußert, so kann er auch in diesem Falle, sofern seine Handlungsweise nach den konkreten Umständen als eine illoyale anzusehen ist, auf Grund des § 705 wegen Schadensersatzes in Anspruch genommen werden, da die Veräußerung nicht als die Ausübung eines Rechtes, sondern als eine kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung anzusehen ist (vergl. S. 755). Geeignetenfalls kann ferner gegen den Dritten, welcher in gutem Glauben die abgezwungene Sache erworben hatte, aber trotz seines gutgläubigen Erwerbes gegen die Wirkungen der Anfechtung nicht geschützt ist (vergl. § 877), nach erfolgter Anfechtung ein Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung begründet sein, namentlich dann, wenn ein Anderer die Sache von dem Dritten unter den Voraussetzungen des § 877 erworben hatte oder wenn trotz der Anfechtung der Rückfall des Eigenthumes an den Gezwungenen in Folge einer inzwischen eingetretenen Konsumtion, Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung der Sache (§§ 890—896) ausgeschlossen ist (vergl. §§ 878, 897, 748). Das Verhältniß des Schadensersatzanspruches aus dem Delikte zu dem Anfechtungsrechte in den Fällen der Gewalt und der Drohung ist das gleiche, wie in dem Falle des Betruges (vergl. S. 756).

Wegen der Gründe, aus welchen — abweichend vom röm. Rechte — neben dem Anspruche auf Schadensersatz eine selbständige exceptio metus nicht anerkannt ist, wird auf die die exceptio doli betreffenden Bemerkungen, S. 756, verwiesen. Exc. metus.

9. Der § 188 enthält den Grundsatz, daß die Selbsthülfe als solche nicht unerlaubt ist, andererseits, daß Handlungen, welche an sich unerlaubt sind, dadurch nicht erlaubt werden, daß sie zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen sind. Von diesem Grundsatze sind jedoch nach beiden Richtungen hin Ausnahmen gemacht (vergl. §§ 814, 189, 815, 907, 521 Abs. 2). Soweit die Selbsthülfe sich als eine widerrechtliche Handlung darstellt und dem Thäter dabei ein Verschulden zur Last fällt, ist derselbe nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 zum Schadensersatze verpflichtet. Neben diesen Bestimmungen sind besondere Vorschriften über Schadensersatz wegen Selbsthülfe (vergl. dresd. Entw. Art. 1016) entbehrlich. 9. Selbsthülfe.

10. Das röm. Recht hat zum Schutze gegen die eigenmächtige Vornahme rechtsverletzender oder schädlicher und gefahrdrohender Aenderungen an Grundstücken neben den dieserhalb zustehenden gewöhnlichen Klagen, namentlich den possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln und dem Anspruche auf cautio damni infecti, noch zwei besondere Rechtsinstitute ausgebildet, deren wesentliche praktische Bedeutung in dem Karakter derselben als einstweiliger Verfügungen liegt, die aber insofern dem Obligationenrechte angehören, als die Erreichung 10. Eigenmacht bei Grundstücken: Römisches Recht:

jenes Zweckes durch die Schaffung formaler Delikte und des daraus sich ergebenden Anspruches auf Beseitigung der eigenmächtig vorgenommenen Aenderung (auf Restitution) und auf vollen Schadensersatz vermittelt wird. Die beiden Institute sind das interdictum quod vi aut clam und die auf ein begrenzteres Anwendungsgebiet berechnete operis novi nuntiatio.

interd. quod vi aut clam, Das interdictum quod vi aut clam bezweckt, der eigenmächtigen Vornahme solcher Veränderungen an Grundstücken entgegenzutreten, welche sich als Eingriffe in das Recht eines Anderen am Grund und Boden oder dessen Bestandtheilen darstellen oder den Grund und Boden oder dessen Bestandtheile unmittelbar körperlich schädigen oder mit Schaden bedrohen. Auch solche Veränderungen an öffentlichen Grundstücken gehören hierher, durch welche das Privatinteresse eines Anderen geschädigt wird. Es soll derjenige, welcher Veränderungen der bezeichneten Art vorzunehmen beabsichtigt, wenn ein Anderer, dessen Interesse durch die Vornahme der Aenderung verletzt wird, dagegen Widerspruch erhebt oder ein solcher Widerspruch den Umständen nach zu erwarten ist, mit der Vornahme der Handlung einhalten, bis er sein Recht dazu im Wege der Klage dargethan oder dem Gegner Sicherheit geleistet hat. Thut er dies nicht, sondern nimmt er die Veränderung eigenmächtig (vi aut clam) vor, so wird demjenigen, dessen Interesse durch die Aenderung verletzt ist, mag dasselbe auf einem dinglichen oder persönlichen Rechtsverhältnisse (z. B. Mieth- oder Pachtrecht) beruhen, gegen den eigenmächtig Handelnden ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und auf vollen Schadensersatz gegeben, ohne daß der letztere sich diesem Anspruche gegenüber auf sein Recht zur Vornahme der Handlung (sein jus faciendi) berufen darf. Im Einzelnen herrscht jedoch in dieser Materie in Doktrin und Praxis viel Streit. Sehr bestritten ist namentlich, ob derjenige, welcher auf Grund des Interdiktes die Beseitigung der eigenmächtig vorgenommenen Aenderung und Schadensersatz verlangt, außer der Eigenmacht und außer denjenigen Thatsachen, aus welchen sich ergiebt, daß er durch die Aenderung in seinem Interesse verletzt ist, auch noch beweisen oder wenigstens bescheinigen muß, daß die von ihm ausgegangene Bestreitung des Rechtes zu der Handlung eine an und für sich begründete gewesen ist, d. h. daß ihm ein Rechtsverhältniß zur Seite steht, aus welchem sich in Ermangelung besonderer Gegengründe, eines besonderen jus faciendi des Handelnden, die Ungerechtfertigtheit der vorgenommenen Handlung ergiebt, oder ob die Rechtsfrage sowohl in Ansehung des jus faciendi des Beklagten als des jus prohibendi des Klägers aus dem Prozesse über das interdictum quod vi aut clam gänzlich ausscheidet und der Kläger außer der Eigenmacht des Beklagten nur darzulegen und zu beweisen hat, daß er durch die vorgenommene Handlung unter der Voraussetzung ihrer Ungerechtfertigtheit in seinem Interesse verletzt ist.

operis novi nuntiatio. Das Institut der operis novi nuntiatio verfolgt ähnliche Zwecke wie das interdictum quod vi aut clam; doch hat es ein weit begrenzteres Anwendungsgebiet, andererseits greift dasselbe in die allgemeinen Regeln über den Besitzschutz schärfer ein wie das gedachte Interdikt. Die operis novi nuntiatio ist gerichtet gegen die Vornahme einer Bauthätigkeit, mag dieselbe in der Errichtung oder Niederreißung eines Bauwerkes bestehen. Die Tendenz des Institutes ist, demjenigen, welcher ein jus prohibendi, sei es kraft seines Eigen-

thumsrechtes, einer Servitut oder einer gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung, gegen die Vornahme der Veränderung zu haben behauptet, ein Mittel zu geben, den Gegner durch einen außergerichtlichen Einspruch zu nöthigen, mit der Vornahme der Handlung einstweilen innezuhalten. Auf ein blos obligatorisches Rechtsverhältniß kann der Einspruch nicht gegründet werden. Inwieweit außer dem Eigenthümer des bedrohten Grundstückes auch andere dinglich Berechtigte zur Erhebung des Einspruches legitimirt sind, ist bestritten. Liegen die Erfordernisse der operis novi nuntiatio vor, so ist der Gegner, ohne sich auf sein etwaiges jus faciendi berufen zu können, genöthigt, die beabsichtigte Arbeit einstweilen einzustellen, widrigenfalls er im Wege des sog. interdictum demolitorium auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und auf Schadensersatz belangt werden kann, ohne seinerseits in diesem Verfahren auf sein jus faciendi sich stützen zu dürfen. Bestritten ist aber auch hier, ob der Unternehmer beim Vorhandensein der sonstigen Erfordernisse der operis novi nuntiatio den Einspruch selbst dann beachten muß, wenn er denselben als an und für sich unbegründet bestreitet, oder ob der Einsprechende in dem Prozesse über das interdictum demolitorium sein Verbietungsrecht oder doch wenigstens sein Recht beweisen muß, das Grundstück, für welches Einspruch erhoben ist, zu vertreten. Der Unternehmer ist selbst dann genöthigt, seine Arbeit einzustellen, wenn er durch dieselbe in den Sach- oder Rechtsbesitz des Einsprechenden überall nicht eingreift; namentlich kann er, um die Kraft des Einspruches zu brechen, sich auch nicht — wie dies, wenigstens nach der herrschenden Meinung, einer nach Maßgabe der Bestimmungen über das interdictum quod vi aut clam erfolgten Prohibition gegenüber zulässig ist (vergl. l. 3 § 2 D. uti possid. 43,17) — des interdictum uti possidetis bedienen oder einem Versuche, die Fortsetzung der Arbeit gewaltsam zu verhindern, im Wege der Selbstvertheidigung entgegentreten, wenn er nicht dem interdictum demolitorium verfallen will. Im Hinblicke auf diese Wirkung der operis n. n. erscheint dieselbe als eine Einschränkung der Besitzvertheidigungsrechte, als eine positive Ausnahme von dem gemeinen Besitzrechte. Die Härten, welche das Institut der operis n. n. auf diese Weise für den auf seinem eigenen Grund und Boden Handelnden mit sich bringen kann, werden indessen gemildert durch die Befugniß desselben, Remission nachzusuchen und dadurch die Aufhebung der Sperre zu bewirken, sowie durch das Recht, durch Kautionsleistung (wenigstens nach Ablauf einer gewissen Zeit) die Möglichkeit, die Arbeit fortsetzen zu dürfen, zu erlangen. Auch ist er gegen Chikane des Einsprechenden dadurch einigermaßen geschützt, daß der letztere auf seinen Antrag den Gefährdeeid leisten muß.

Da bei der operis n. n. der Einsprechende es ist, welcher die petitorische Klage zur Ausführung seines jus prohibendi erheben muß, so hat die operis n. n. praktischen Werth hauptsächlich nur für die Fälle, in welchen die Thätigkeit des Unternehmers nicht in fremden Sach- oder Rechtsbesitz eingreift, indem es in anderen Fällen für den Bedrohten vortheilhafter ist, falls er nicht von der Selbstvertheidigung Gebrauch machen will, sich der Besitzklage oder des interdictum quod vi aut clam zu bedienen (l. 5 § 10 D. de op. n. n. 39, 1).

Im Einzelnen gehen übrigens, soviel die für die operis n. n. geltenden Bestimmungen betrifft, die Ansichten in Doktrin und Praxis weit auseinander.

Von verschiedenen Seiten ist die heutige Anwendbarkeit der beiden hier fraglichen Institute bestritten worden. Die Doktrin hat sich jedoch überwiegend für die heutige Anwendbarkeit ausgesprochen, ebenso die Praxis. Dagegen sind jene Institute in die meisten neuen Gesetzgebungen nicht übergegangen. Insbesondere sind dieselben dem preuß. A. L. R., dem österr. G. B., dem code civil, dem sächs. G. B., dem schweiz. Bd. Ges. und dem bayr. Entw. unbekannt. Anlangend das preuß. A. L. R., so kennt dasselbe allerdings in einzelnen Fällen ein Widerspruchsrecht gegen ein neu unternommenes Werk (vergl. A. L. R. I, 9 §§ 332, 342, I, 20 § 43). Dieser Widerspruch hat aber nur die Bedeutung einer Protestation, um die Annahme der Einwilligung auszuschließen. Wird der Widerspruch vor der Vollendung des Werkes und sogleich nach erhaltener Nachricht von dem Unternehmen erhoben, so kann der Widersprechende, wenn er ein Recht dazu nachweist, die Herstellung des früheren Zustandes fordern; anderenfalls muß er das Werk stehen lassen und kann nur Entschädigung verlangen. Im Uebrigen entscheiden nach preuß. Rechte neben den baupolizeilichen Vorschriften die gewöhnlichen Rechtsmittel, insbesondere auch die allgemeinen Grundsätze über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen. Auch der hess. Entw. und der dresd. Entw. haben von der operis n. n. abgesehen, dagegen haben sie das interdictum quod vi aut clam, wenngleich in modifizirter Gestalt, aufgenommen. Nach dem Vorbilde des hess. Entw. Art. 673, 674 bestimmt der dresd. Entw. Art. 1017, daß derjenige, welcher eigenmächtig an einer unbeweglichen Sache (Liegenschaft) eine Veränderung durch Errichtung, Aufhebung, Zerstörung oder Beschädigung einer Anlage vorgenommen und dadurch einem Anderen Schaden verursacht hat, demselben zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes und zum Ersatze des verursachten Schadens verpflichtet ist. Die Veränderung soll als eine eigenmächtige gelten, wenn sie Jemand auf einer fremden Liegenschaft ungeachtet des von dem Beschädigten dagegen erhobenen Einspruches oder unter Verheimlichung vor demselben, oder wenn sie Jemand auf seiner eigenen Liegenschaft ungeachtet des von einem Dritten rechtmäßig erhobenen Einspruches oder in einem Falle, wo der rechtmäßige Einspruch des Dritten zu besorgen war, ohne vorherige Anzeige an denselben vorgenommen hat. Hat der Inhaber der Liegenschaft, an welcher die Veränderung vorgenommen worden ist, die letztere nicht selbst bewirkt, so soll er nur verpflichtet sein, die Wiederherstellung des vorigen Zustandes durch den Beschädigten geschehen zu lassen (Art. 1018; vergl. l. 16 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24). Gegen denjenigen, welcher nur auf seiner eigenen Liegenschaft wieder beseitigt hat, was von einem Anderen eigenmächtig errichtet worden war, ist ein Entschädigungsanspruch nicht begründet (Art. 1019; vergl. l. 7 § 8, l. 22 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24).

Neuere Gesetze.

Vom Standpunkte des Entwurfes aus kann ein Bedürfniß, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen besondere Rechtsnormen zum Schutze gegen eigenmächtige Veränderungen an Grundstücken aufzustellen, nicht anerkannt werden. Die allgemeinen Bestimmungen über erlaubte Selbsthülfe (§§ 188, 189), über verbotene Eigenmacht (§§ 814, 979), über das Recht der Selbstvertheidigung und den Besitzschutz gegen verbotene Eigenmacht (§ 814 verb. mit § 815 Abs. 1, §§ 816, 818, 820, 822, 979), sowie

Standpunkt des Entwurfes.

über die negatorische und konfessorische Klage (§§ 943, 978, 1017) in Verbindung mit den allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 218, 219), mit den Vorschriften der C. P. O. über einstweilige Verfügungen (§§ 814, 819) und den landesgesetzlichen baupolizeilichen Vorschriften gewähren demjenigen, dessen Interesse durch die Vornahme eigenmächtiger Veränderungen an Grundstücken gefährdet bezw. verletzt ist, ausreichenden Schutz. Insbesondere können dinglich Berechtigte mittels der negatorischen oder konfessorischen Klage, obligatorisch Berechtigte, sofern mit ihrem Rechte die Inhabung verbunden ist, mittels der Besitzstörungsklage Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen. Ein Bedürfniß, auch anderen in Ansehung des Grundstückes blos obligatorisch Berechtigten, deren Interesse durch die eigenmächtige Veränderung verletzt ist, einen besonderen selbständigen Anspruch auf Beseitigung der Veränderung gegen Dritte zu geben, liegt nicht vor. Geeignetenfalls können dieselben von dem anderen Kontrahenten nach § 238 Abtretung der Klage gegen den Dritten verlangen oder nach § 368 Abs. 1, 3 verhältnißmäßig die Gegenleistung mindern. Unter Umständen kann ihnen nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 219) auch ein selbständiger Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes zustehen, wenn die Veränderung an dem Grundstücke auch ihnen gegenüber als eine widerrechtliche Handlung sich darstellt. Wiederherstellung des Zustandes.

Neben der Wiederaufhebung der Störung kann allerdings nach den allgemeinen Bestimmungen des Entwurfes mittels der negatorischen oder konfessorischen Klage oder der Besitzstörungsklage als solcher Ersatz des durch die eigenmächtige Veränderung verursachten Schadens nicht verlangt werden. Im Hinblicke auf diesen Schadensersatzanspruch würden daher auch vom Standpunkte des Entwurfes aus die Bestimmungen des gemeinen Rechtes, des hess. Entw. und des dresd. Entw., daß derjenige, welcher eigenmächtig (vi oder clam) eine Veränderung an dem Grundstücke vorgenommen hat, zum Schadensersatze verpflichtet ist, für solche Fälle praktische Bedeutung haben, in welchen die Vornahme der Veränderung nach den allgemeinen Bestimmungen sich nicht als eine widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung darstellt. Indessen sind auch in dieser Beziehung die allgemeinen Bestimmungen für ausreichend zu erachten (vergl. §§ 704, 814, 979). Es fehlt an genügenden Gründen, für die hier fraglichen Fälle den Begriff der verbotenen Eigenmacht über die Vorschriften der §§ 814, 979 hinaus zu erweitern, und an diese neue Art von Eigenmacht ohne Rücksicht darauf, ob dieselbe nach den allgemeinen Grundsätzen als eine unerlaubte Handlung sich darstellt, die Verpflichtung zum Schadensersatze zu knüpfen. Eine solche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen würde um so weniger Billigung verdienen, als der Entwurf von dem Prinzipe ausgeht, daß die Selbsthülfe als solche eine unerlaubte Handlung nicht ist (§ 188). Schadensersatz.

Eine andere Frage vorwiegend sachenrechtlicher Natur ist es, ob Veranlassung vorliegt, nach dem Vorbilde der Bestimmungen des röm. Rechtes über das interdictum quod vi aut clam und über die operis n. n., denen in dieser Beziehung für gewisse Fälle auch der hess. und der dresd. Entw. gefolgt zu sein scheinen, insbesondere zum Schutze des Eigenthumes und anderer ding-

licher Rechte, gegen eigenmächtige Veränderungen an Grundstücken, ein besonderes provisorisches Rechtsmittel zu schaffen, bei welchem eine Prüfung der materiellen Rechtsfrage ausgeschlossen ist oder nur in beschränktem Umfange stattfindet. Diese Frage ist aber im Hinblicke auf die Bestimmungen des Entwurfes über erlaubte Selbsthülfe und über den Besitzschutz (§§ 189, 814, 815 Abs. 1 §§ 820, 822, 979) und im Hinblicke auf die Vorschriften der C. P. O. über einstweilige Verfügungen ebenfalls zu verneinen.

Nach röm. Rechte haben das interdictum quod vi aut clam und die operis n. n. insofern noch besondere Bedeutung, als der Einspruch auf die Verpflichtung des Gegners, cautio damni infecti zu leisten, sowie auf die Vorschriften über die Benutzung öffentlicher Sachen gegründet und dadurch dem Einsprechenden ein ihm sonst nicht zustehender Anspruch auf Schadensersatz bezw. auf Restitution gegen den eigenmächtig Handelnden erworben werden kann. Ob gemeinrechtlich die Vorschriften des röm. Rechtes insoweit noch anwendbar sind, ist bestritten. Vom Standpunkte des Entwurfes aus können nach dieser Richtung hin besondere Bestimmungen nicht in Frage kommen, da derselbe das römischrechtliche Institut der cautio damni infecti und besondere privatrechtliche, ein Verbietungsrecht begründende Rechtsmittel zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen nicht aufgenommen hat. Es sind in dieser Beziehung vielmehr neben den allgemeinen Rechtsnormen über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 218, 219) die Vorschriften des Nachbarrechtes (§§ 864, 865, 866) und des § 735 maßgebend, aber auch ausreichend.

11. Verletzung des Gemeingebrauches öffentlicher Sachen.

Geltendes Recht.

11. Das röm. Recht schützt den Gemeingebrauch öffentlicher Sachen nicht nur im polizeilichen, sondern auch im privatrechtlichen Wege, indem es gegen denjenigen, welcher die Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen verletzt, außer der actio injuriarum, in gewissen Fällen auch prohibitorische bezw. auf Restitution und Schadensersatz gerichtete Interdikte gewährt, welche theils nur von dem durch die Verletzung jener Vorschriften in seinem Privatinteresse Benachtheiligten, theils als Popularklagen von Jedem ex populo geltend gemacht werden können. Ob und inwieweit diese römischrechtlichen Interdikte heutzutage überhaupt noch anwendbar sind, ist nicht unbestritten. Es wird die Ansicht vertreten, daß die Grundsätze, nach welchen zu entscheiden sei, wie weit ein Jeder an den öffentlichen zum Gemeingebrauche bestimmten Gütern Theil zu nehmen habe und wie die Kollisionen der verschiedenen Interessen auszugleichen seien, heutzutage lediglich dem Verwaltungsrechte angehörten und nach heutigem Rechte in den hier in Frage stehenden Fällen durch obrigkeitliches Einschreiten von Amtswegen geholfen werde. Die herrschende Meinung in Doktrin und Praxis geht jedoch dahin, daß jene Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauches nur insofern ihre Anwendung verloren haben, als es sich um die populare Eigenschaft dieser Klagen handelt, vermöge welcher sie zum Schutze des öffentlichen Interesses von Jedem, auch dem nicht in seinem Sonderinteresse Benachtheiligten, erhoben werden konnten, daß sie dagegen insoweit, als sie zugleich dem Privatinteresse dienen, noch anwendbar sind (vergl. Seuffert XXIX, 139, XXXII, 47, XXXVI, 95, 199, XL, 51, Entsch. d. R. G. in Civils. I, 59 S. 158, III, 49 S. 173, 174, VI, 42 S. 162).

Die modernen Gesetzbücher und Entwürfe haben keine den römisch-rechtlichen Interdikten entsprechenden Vorschriften aufgenommen, nach welchen Privatpersonen wegen Verletzungen der Vorschriften über den Gemeingebrauch öffentlicher Sachen auch ein besonderer privatrechtlicher Schutz gewährt wird. Anlangend insbesondere das preuß. Recht, so nimmt die Jurisprudenz zwar an, daß auch ein einzelnes Mitglied einer Gemeinde, welches in der Benutzung eines Kommunalweges, d. h. eines nicht zum Korporationsvermögen, sondern zum gemeinschaftlichen Vermögen der Gemeindeglieder gehörenden Weges gestört werde, das Recht auf die Benutzung des Kommunalweges im Rechtswege geltend machen könne (vergl. A. L. R. I, 17 §§ 4, 50, Entsch. d. R. G. bei Gruchot XXVII S. 892). Abgesehen von diesem Falle erkennt aber die Praxis kein von den ordentlichen Gerichten verfolgbares Recht des Einzelnen auf Benutzung eines öffentlichen Weges an (vergl. Urth. d. R. G. bei Gruchot XXIV S. 508 ff., Entsch. d. R. G. in Civils. I, 131; preuß. Ges. über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden v. 1. August 1883 §§ 55 ff., 65 ff.); doch ist ein Schadensersatzanspruch gegen denjenigen, welcher ohne Konzession der Obrigkeit oder, eine solche mißbrauchend, absichtlich oder fahrlässiger Weise die Kommunikation stört, nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über unerlaubte Handlungen nicht ausgeschlossen.

Der Entwurf ist den modernen Gesetzgebungen gefolgt. Nach der modernen Organisation des Staatslebens bildet die Regelung des Gemeingebrauches an den öffentlichen Sachen einen Bestandtheil der Verwaltungsgesetzgebung und gehört es zu den Aufgaben der mit Wahrnehmung der öffentlichen Interessen betrauten Organe der Staatsgewalt, den Verletzungen der Vorschriften über den Gemeingebrauch öffentlicher Sachen entgegenzutreten und den Verletzer zur Beseitigung nachtheiliger Veränderungen anzuhalten. Es würde deshalb den modernen Anschauungen nicht entsprechen, nach dem Vorbilde der römisch-rechtlichen Interdikte im privatrechtlichen Wege den Gemeingebrauch zu schützen und damit auch unter den Schutz der Zivilgerichte zu stellen. Mit diesem Standpunkte ist es jedoch nicht unvereinbar, demjenigen, welcher durch die Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen in seinem Privatinteresse beeinträchtigt ist, einen Anspruch auf Schadensersatz zu geben. In dieser Beziehung genügen aber die allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen. Wer die gesetzlichen oder polizeilichen Vorschriften über die Benutzung der öffentlichen Sachen verletzt, handelt widerrechtlich (vergl. auch § 366 Nr. 2—5, 8—10, § 366a des Str. G. B.), und nach dem § 704 Abs. 1 ist derjenige, welcher aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung einem Anderen Schaden zufügt, diesem zum Ersatze desselben verpflichtet. Standpunkt des Entwurfes.

Ob und inwieweit und wann in solchen Fällen, in welchen mit Genehmigung der zuständigen Behörde eine veränderte Verwendung eines dem Gemeingebrauche dienenden Grundstückes stattfindet, denjenigen, deren Interessen dadurch Abbruch geschieht, Entschädigung zu leisten ist, wird im Einführungsgesetze den Landesgesetzen zu überlassen sein, da diese Frage mit dem öffentlichen Rechte in engem Zusammenhange steht (vergl. darüber Entsch. d. R. G.

in Civilſ. II, 92, III, 49, VI, 42, VII, 63, X, 76; Urtheil d. R. G. bei Gruchot XXVII S. 894).

12. Hinderung der Beerdigung 2c. 12. Nach röm. Rechte haftet derjenige, welcher einen Anderen unbefugter Weiſe an der Beerdigung eines Leichnames oder an der Errichtung eines Grabmales hindert, auf Unterlaſſung der Störung und auf Schadensersatz. Die modernen Geſetzgebungswerke enthalten nach dieſer Richtung keine beſonderen Beſtimmungen. Dieſelben ſind auch entbehrlich. Neben dem geeignetenfalls eintretenden polizeilichen Schutze reichen zum Schutze eines an der Begräbnißſtätte etwa zuſtehenden dinglichen Rechtes die dinglichen Klagen und, ſoviel den Anſpruch auf Erſatz eines durch die Verhinderung entſtandenen Vermögenſchadens betrifft, die allgemeinen Beſtimmungen über unerlaubte Handlungen (§§ 704, 705) aus.

13. Actio aquae pluv. arc. 13. Die von einzelnen gemeinrechtlichen Rechtslehrern und von dem heſſ. Entw. Art. 675 in den Abſchnitt über unerlaubte Handlungen eingeſtellten Beſtimmungen über die actio aquae pluviae arcendae ſind, ſoweit es ſich dabei um eine dem Nachbarrechte angehörende Beſchränkung des Eigenthumsrechtes an Grundſtücken handelt, im Sachenrechte (§ 856) vorgeſehen. Anlangend die Verpflichtung zum Erſatze des durch ein Zuwiderhandeln gegen die Vorſchriften des Nachbarrechtes verurſachten Schadens, ſo bedarf es in dieſer Richtung neben den allgemeinen Rechtsnormen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen (§ 704) keiner beſonderen Beſtimmung.

§§ 722—725.

Tödtung. Die §§ 722—725 betreffen die an das Delikt der Tödtung ſich knüpfenden Entſchädigungsanſprüche. Indem, ſoviel das Einzelne und insbeſondere den näheren Inhalt dieſer Entſchädigungsanſprüche betrifft, auf die beſonderen Motive zu den einzelnen Paragraphen Bezug genommen wird, ſollen hier nur einige allgemeine, den Standpunkt des Entwurfes, insbeſondere das Verhältniß der in den §§ 722—725 vorgeſchlagenen Beſtimmungen zu den allgemeinen Rechtsnormen über Schuldverhältniſſe aus unerlaubten Handlungen betreffende Bemerkungen vorausgeſchickt und daneben nur ſolche ſpezielle Fragen zur Erörterung gezogen werden, welche den verſchiedenen, in den §§ 722—725 geregelten Entſchädigungsanſprüchen gemeinſam ſind.

Entſchädigungsberechtigte Perſonen: Geltendes Recht. Das röm. Recht hat die zunächſt auf die Beſchädigung von Sachen ſich beziehenden Beſtimmungen der lex Aquilia auch auf die Verletzung eines freien Menſchen ausgedehnt. Es gewährt dem Verletzten einen Anſpruch auf Erſatz der Kurkoſten und derjenigen Vermögensnachtheile, welche derſelbe in Folge der durch die Verletzung verurſachten Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet (vergl. l. 13 pr., l. 5 § 3, l. 6, l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2, verb. mit l. 3 D. si quadrup. 9, 1 und l. 7 D. de his, qui effud. 9, 3). Dagegen ſteht nach röm. Rechte dritten Perſonen, welche in Folge der Körperverletzung oder der Tödtung eines Anderen Vermögensſchaden erlitten, insbeſondere Familiengliedern, deren Recht auf Unterhalt gegen den Getödteten in Folge der Tödtung erloſchen iſt, ein Anſpruch auf Schadensersatz nach den

Grundsätzen der actio legis Aquiliae nicht zu. Zwar hat in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis auch die entgegengesetzte Ansicht Vertretung gefunden, indem man aus der besonderen Bestimmung der l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 das allgemeine Prinzip hergeleitet hat, daß jeder in Folge der Verletzung oder Tödtung Beschädigte von dem Thäter nach Maßgabe jener Grundsätze vollen Schadensersatz zu fordern berechtigt sei (vergl. die Nachweisungen in den Entsch. d. R. G. in Civils. III, 86 S. 320 und VII, 44 S. 140; Seuffert XXIV, 116, XXIX, 137; Striethorst Bd. XVI, 61 S. 261 ff.; Fenner und Mecke, zivilrechtl. Entsch. für die gemeinrechtl. Bezirke des preuß. Staates V, 104 S. 224, Seuffert und Glück, Blätter für R. A. XII S. 253 ff.). Die herrschende Meinung in Theorie und Praxis, insbesondere auch die Rechtsprechung des Reichsgerichtes, hat sich jedoch gegen diese Ansicht erklärt; sie nimmt an, daß dritte Personen, welche in Folge der Verletzung oder der Tödtung eines Anderen beschädigt worden sind, von dem Thäter nur nach Maßgabe der Bestimmungen über die actio doli Entschädigung verlangen können (Seuffert XXX, 146, XXXI, 36; Fenner und Mecke IX, 35 S. 89 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. I, 39 S. 90, III, 86, VII, 44). Ein allgemeiner deutscher Gerichtsgebrauch gewährt jedoch der Wittwe und den Kindern des Getödteten, wie vielfach angenommen wird, überhaupt allen alimentationsberechtigten Verwandten desselben insoweit, als sie durch die Tödtung ihres Versorgers beraubt sind, in Anlehnung an die Grundsätze der actio legis Aquiliae einen Anspruch auf Entschädigung wegen Entziehung des Unterhaltes (vergl. Seuffert XIII, 144, XXX, 146, XXXI, 36, XXXIX, 105, 106, 301; Gruchot IV S. 167; Fenner und Mecke IX, 35 S. 89; Entsch. d. R. O. H. G. XII, 23 S. 80; Entsch. d. R. G. in Civils. I, 25 S. 50, I, 39 S. 90, III, 86 S. 320, VII, 44).

Die neueren Gesetzgebungen, mit Ausnahme des code civil und des bad. L. R., welches letztere jedoch durch das bad. Ges., betr. die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, v. 6. März 1845 §§ 3—5 in dieser Hinsicht ergänzt worden ist, haben das Delikt der Tödtung besonders geregelt und namentlich die Entschädigungsansprüche näher bestimmt, welche dem Getödteten bezw. dessen Erben, sowie solchen Personen zustehen, die in Folge der Tödtung ihren Versorger verloren haben (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 98—110, 129; österr. G. B. § 1327; sächs. G. B. §§ 1483, 1491, 1492; schweiz. Bd. Ges. Art. 52, 54; württemb. Ges. v. 5. September 1839, betr. die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen u. s. w., Art. 13; hess. Entw. Art. 661, 662, 665, bayr. Entw. Art. 941—944, dresd. Entw. Art. 1007, 1008). Die auf das Delikt der Tödtung sich beziehenden besonderen Bestimmungen der angeführten Gesetzgebungswerke geben aber keine Auskunft darüber, ob und inwiefern außer den in den besonderen Bestimmungen anerkannten Ansprüchen noch andere aus den allgemeinen Rechtsnormen über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen an und für sich zu rechtfertigende Ansprüche auf Schadensersatz, namentlich noch andere Ansprüche dritter Personen, welche mit dem Getödteten in einem Vertragsverhältnisse gestanden haben und in Beziehung auf dieses in Folge der Tödtung geschädigt worden sind, z. B. Ansprüche einer Lebensversicherungsgesellschaft auf Schadensersatz, zulässig sein sollen (vergl. jedoch bad. Ges. v. 6. März 1845 § 5). Insbesondere

enthalten die besonderen Bestimmungen keinen Hinweis auf die allgemeinen Rechtsnormen über unerlaubte Handlungen. Diese Sachlage hat namentlich auf dem Gebiete des preuß. Rechtes zu der Streitfrage geführt, ob, abgesehen von den im A. L. R. I, 6 §§ 98, 99, 109, 110 anerkannten Entschädigungsansprüchen gewisser Familienangehörigen und alimentationsberechtigter Personen, nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze des A. L. R. über unerlaubte Handlungen (I, 6 §§ 8, 10 ff.) noch andere Entschädigungsansprüche von dritten Personen, welche in Folge der Tödtung beschädigt worden sind, geltend gemacht werden können. Das Reichsgericht (Entsch. d. R. G. in Civils. III, 86 S. 320 ff.; vergl. auch Entsch. des R. O. H. G. XIII, 136 S. 426 ff.) hat die Streitfrage in verneinendem Sinne entschieden.

Entwurf.

Die Bestimmungen des Entwurfes lassen keinen Zweifel über das Verhältniß der besonderen auf das Delikt der Tödtung sich beziehenden Bestimmungen zu den allgemeinen Rechtsnormen über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen aufkommen. Aus dem § 722 Abs. 3 verb. mit § 726 Abs. 2 und aus dem § 725 erhellt klar, daß die besonderen Bestimmungen nur zur Ergänzung der allgemeinen Rechtsnormen über unerlaubte Handlungen, namentlich des § 704, dienen. Der Entwurf hält an dem Prinzipe fest, daß im Falle der Tödtung der Getödtete bezw. dessen Erben als solche nach Maßgabe des § 704 Abs. 2, dritte Personen nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 den vollen Ersatz des ihnen durch die Tödtung verursachten Schadens verlangen können (vergl. zu § 725). Von diesem Prinzipe machen aber in letzterer Hinsicht der § 722 Abs. 1 und der § 723 Abs. 2 zu Gunsten desjenigen, welchem die Verpflichtung, die Kosten der Beerdigung zu tragen, oblag, sowie zu Gunsten solcher Personen, welche in Folge der Tödtung einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt gegen den Getödteten verloren haben, insofern eine Ausnahme, als die betreffenden Ersatzansprüche jener Personen dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß bei Begehung der unerlaubten Handlung die Schädigung derselben in den hier fraglichen Richtungen nicht vorauszusehen war. Die übrigen in den §§ 722—724 enthaltenen besonderen Bestimmungen bezwecken, in den praktisch wichtigsten Beziehungen den Inhalt der in Folge der Tödtung begründeten Entschädigungsansprüche, insbesondere die Art und Weise, in welcher der Ersatzanspruch wegen Entziehung des gesetzlichen Unterhaltsanspruches zu leisten ist, näher zu bestimmen und zu regeln.

Voraussetzungen des Schadensersatzes.

Nach dem § 722 Abs. 1, dem § 723 Abs. 1 und dem § 725 ist die gemeinsame Voraussetzung aller Ansprüche, sei es des Getödteten und seiner Erben, sei es dritter Personen, auf Ersatz des durch die Tödtung verursachten Schadens, daß die Tödtung aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung des Thäters geschehen ist. Es entspricht dies dem Grundsatze des § 704. Im Einzelnen ist hierzu jedoch noch Folgendes zu bemerken:

Kausalzusammenhang.

Dem Erfordernisse des Kausalzusammenhanges zwischen der Handlung des Thäters und dem eingetretenen Tode giebt der Entwurf im Eingange des § 722 durch die Fassung Ausdruck: „Wer — — tödtet". Diese Fassung besagt dasselbe, wie die des dresd. Entw. Art. 1007, welcher im Anschlusse an das württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13 hervorhebt, daß die Handlung als wirkende Ursache den Tod eines Menschen herbeigeführt haben

müsse; sie empfiehlt sich aber nicht allein wegen ihrer größeren Einfachheit, sondern auch wegen ihrer Uebereinstimmung mit dem § 211 des Str. G. B. (vergl. auch Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 1; Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 5 Abs. 1; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 52). Die Fassung des Entwurfes ist auch der des sächs. G. B. § 1491: „Hat Jemand — — den Tod eines Menschen verursacht" vorzuziehen. Für die letztere Fassung kann zwar der § 222 des Str. G. B. angeführt werden; allein der § 222 des Str. G. B. erscheint unerheblich, weil er — abweichend von der vorliegenden zivilrechtlichen Bestimmung — nur auf die fahrlässige Tödtung sich bezieht, für welche, sofern sie allein in Rede steht, eine andere Fassung als die des § 211 des Str. G. B. naheliegt. Daß der Thäter auch dann wegen Tödtung haftet, wenn der Tod nur mittelbar eingetreten, ist selbstverständlich. Dies besonders hier zum Ausdrucke zu bringen, würde um so weniger gerechtfertigt sein, als der Entwurf es auch sonst prinzipiell vermieden hat, im Gesetze hervorzuheben, daß nicht allein die unmittelbaren, sondern auch die mittelbaren Folgen einer unerlaubten Handlung zu vertreten sind. Von diesem Grundsatze darf ohne Inkonsequenz und ohne die Gefahr, Mißverständnisse hervorzurufen, für ein Spezialdelikt nicht abgewichen werden.

Die Frage, ob zwischen der Handlung des Thäters und dem eingetretenen Tode ein Kausalzusammenhang besteht, ist, wie im Strafrechte, so auch hier nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden (vergl. Entsch. d. R. G. in Strafs. I, 174, II, 168, IV, 89, V, 9, 66, VI, 88). Im Einklange mit der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 § 98; österr. G. B. § 1327; sächs. G. B. § 1491; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 3; schweiz. Bd. Ges. Art. 52; hess. Entw. Art. 661, bayr. Entw. Art. 941) sind in dieser Beziehung besondere Bestimmungen nicht aufgenommen. Dagegen berücksichtigt der dresd. Entw. Art. 1007 besonders den Fall, wenn der Tod nicht durch die — obschon — absolut tödtliche Verletzung, sondern durch ein anderes Ereigniß herbeigeführt ist. In der gemeinrechtlichen Doktrin ist es, namentlich mit Rücksicht auf einige sich widersprechende Digestenstellen (l. 51 pr. § 2, l. 11 § 3, l. 15 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2), bestritten, ob jener Fall dem der Tödtung gleichzustellen sei. Der dresd. Entw. hat sich, vorzugsweise aus rechtspolitischen Gründen, für die Bejahung ausgesprochen. Eine solche Bestimmung verdient jedoch keine Billigung. Sie entspricht weder den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, noch ist sie durch ein praktisches Bedürfniß geboten. Auch würde sie mit der Vorschrift des § 716 nicht im Einklange stehen.

Für die Tödtung im Raufhandel (vergl. l. 11 §§ 2, 4, l. 51 § 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2; Entsch. d. R. G. in Civils. I, 39 S. 91 ff.; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 9; bayr. Entw. Art. 941 Abs. 3) braucht keine besondere Vorsorge getroffen zu werden, da dieser Fall durch die allgemeine Bestimmung des § 714 Satz 2 gedeckt wird. Tödtung im Raufhandel.

Die Handlung, durch welche der Tod verursacht ist, muß eine widerrechtliche sein. Daraus in Verbindung mit § 186 folgt, daß alle Ersatzansprüche ausgeschlossen sind, wenn die Tödtung in gerechter Nothwehr erfolgte. Ob dies jedoch unbedingt auch von dem Falle gilt, wenn der in gerechter Widerrechtl. Handlung; Nothwehr,

Nothwehr Handelnde zugleich den Tod eines Anderen als des Angreifers verursachte, hängt von der Entscheidung der allgemeineren, auf dem Gebiete des Strafrechtes streitigen Frage ab, ob derjenige, welcher im Zustande gerechter Nothwehr die Person oder die Vermögensrechte nicht des Angreifers, sondern eines Dritten verletzt, haftbar ist. Diese Frage hat der Entwurf absichtlich offen gelassen. Umgekehrt ist die Tödtung im Nothstande nach dem Entwurfe zivilrechtlich wie eine nicht im Nothstande erfolgte Tödtung zu beurtheilen (§ 187).

Nothstand;

Zweikampf, Einwilligung des Getödteten.

Verschiedene neuere Gesetzgebungen enthalten ausdrückliche Bestimmungen darüber, ob und inwieweit die Entschädigungsansprüche wegen Tödtung eines Menschen ausgeschlossen sind, wenn die Tödtung im Zweikampfe oder mit Einwilligung des Getödteten erfolgt ist. Während der hess. Entw. Art. 665 und das württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13 Abs. 3 in diesen Fällen jeden Anspruch auf Schadensersatz versagen, lassen der bayr. Entw. Art. 59 Abs. 2 (vergl. bayr. Motive S. 75) und das bad. Ges. v. 6. März 1845 § 13 den Schadensersatz dritter Personen zu. Das preuß. A. L. R., das österr. G. B., der code civil, das sächs. G. B., das schweiz. Bd. Ges. und der dresd. Entw. entscheiden die Frage nicht ausdrücklich. Bei den dresd. Berathungen waren Anträge gestellt, die Frage im Sinne des bayr. Entwurfes und des württemb. Gesetzes zu beantworten. Die Mehrheit der dresd. Kommission lehnte diese Anträge indessen ab, weil es räthlicher sei, die Entscheidung der Rechtsprechung zu überlassen. Auf dem Gebiete des gemeinen und des preuß. Rechtes gehen die Ansichten darüber auseinander, ob in den hier fraglichen Fällen auch die Entschädigungsansprüche dritter Personen ausgeschlossen sind. Die franz. Jurisprudenz verneint die Frage.

Der vorliegende Entwurf hat nach dem Vorgange der meisten neuen Gesetzgebungen es vorgezogen, keine auf diese Frage bezügliche Bestimmung aufzunehmen. Er ist dabei von folgenden Erwägungen geleitet worden: Die Tödtung im Zweikampfe oder mit Einwilligung des Getödteten bleibt nach den Vorschriften des Strafrechtes Delikt (§§ 206, 216 des Str. G. B.) und deshalb auch zivilrechtlich eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704. Gleichwohl werden der Getödtete selbst und dessen Erben als solche in Gemäßheit des § 706 einen Ersatzanspruch nicht geltend machen können. Anders verhält es sich dagegen mit den Ersatzansprüchen Dritter, welchen durch das Delikt ein nach den prinzipiellen Bestimmungen des § 704 Abs. 1 verb. mit dem § 722 Abs. 1 und den §§ 723, 725 zu ersetzender Schaden zugefügt ist. Diesen Dritten gegenüber, wozu auch derjenige gehört, welchem die Verpflichtung, die Beerdigungskosten zu tragen, obgelegen hat (§ 722 Abs. 1), kann einleuchtend der § 706 nicht angerufen werden, da ihnen auf Grund des Deliktes nach den angeführten Bestimmungen ein selbständiger Entschädigungsanspruch zusteht und die als ein einseitiges Rechtsgeschäft sich darstellende Einwilligung des Getödteten diesem selbständigen Anspruche nicht zu präjudiziren vermag (s. zu § 706 S. 730). Diese Konsequenzen zum Nachtheile Dritter allgemein oder in Ansehung gewisser Ersatzansprüche auszuschließen, ist kein Grund vorhanden. Die Richtigkeit derselben ist zwar nicht völlig zweifellos. Man kann dagegen anführen, daß die That gegen die Person des Getödteten gerichtet gewesen

sei und daß, wenn dieser wegen derselben einen Ersatzanspruch erheben könne, es schon dem natürlichen Rechtsgefühle widerspreche, einem Dritten einen solchen einzuräumen. Gegen einen solchen Ersatzanspruch scheint ferner die juristische Betrachtung zu sprechen, daß auch der Dritte auf ein dem Getödteten zugefügtes Unrecht sich stützen müsse, folglich Ersatz nicht verlangen könne, wenn das Gesetz dem Getödteten gegenüber dieses Unrecht für nicht vertretbar und damit für ein solches erkläre, welches zivilrechtlich als Unrecht nicht gelte. Hiernach ist nicht zu leugnen, daß, wenn das Gesetz sich jeder Bestimmung in der betreffenden Beziehung enthält, Streitfragen nicht ausbleiben werden. Indessen kann hierauf kein Gewicht gelegt werden. Es ist besser, die Lösung dieser Streitfragen, welcher eine große praktische Bedeutung doch nicht beiwohnt, der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, als sie durch das Gesetz zu erledigen und damit der Rechtsentwickelung vorzugreifen. Dazu kommt, daß ähnliche Fragen sich auch bei anderen Delikten erheben können; es erscheint deshalb um so weniger passend, sie nur in Beziehung auf das Delikt der Tödtung und demgemäß auch der Körperverletzung zu lösen. Anlangend die letzteren, so würde übrigens bei der Entscheidung der vorliegenden Frage auch die strafrechtliche Kontroverse, ob die Einwilligung des Verletzten Straffreiheit bedingt (vergl. Entsch. d. R. G. in Straff. II, 182, VI, 21), Rücksicht verdienen.

Eine weitere Voraussetzung aller Entschädigungsansprüche wegen Tödtung ist, daß die letztere aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit erfolgt ist. Es ergiebt sich dies schon aus dem § 704. Wenn trotzdem der Entwurf dieses Erforderniß — abweichend von dem dresd. Entw. Art. 1007 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 52 — im § 722 Abs. 1 ausdrücklich wiederholt hat, so beruht dies auf der Besorgniß, daß aus dem Fehlen dieses Zusatzes im § 722, weil dieser Zusatz im § 704 sich findet und dort aus wichtigen Gründen aufgenommen ist, irrige Folgerungen gezogen werden könnten. Aus der Hinzufügung der Worte: „aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit" im Eingange des § 722 Abs. 1 erhellt namentlich klar, daß, damit die besonderen Rechtsfolgen der Tödtung eintreten, der Erfolg des Todes dem Thäter muß zugerechnet werden können. Ist letzteres nicht der Fall, so ist der Thäter nur nach den Grundsätzen über die Körperverletzung verhaftet, so daß insbesondere Dritte den ihnen durch den Tod des Verletzten verursachten Schaden nicht ersetzt verlangen können. Dagegen macht es nach § 722 keinen Unterschied, ob die Fahrlässigkeit des Thäters eine grobe ist oder nicht. Es entspricht dies dem Prinzipe des § 704 und steht insbesondere mit den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, des sächs. G. B. §§ 1483, 1491, des württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13, des hess. Entw. Art. 661 verb. mit Bd. I Art. 206 und des dresd. Entw. Art. 1007, 212 im Einklange. Auf einem anderen Standpunkte steht allerdings das preuß. A. L. R. I, 6 §§ 98, 99, 103, 104, 110, indem dasselbe, soviel die Rechtsfolgen der Tödtung betrifft, unterscheidet, ob der Tod durch Vorsatz oder grobes Versehen oder ob er nur durch mäßiges Versehen oder ob er nur durch geringes Versehen herbeigeführt ist, und insbesondere in dem letzteren Falle nur einen Anspruch der Familie auf Ersatz der etwaigen Kurkosten, der Begräbniß- und Trauerkosten anerkennt. Diese Unterscheidung steht jedoch mit den sonstigen Vorschriften des A. L. R. über die Grade der Verschuldung und

Vorsatz oder Fahrlässigkeit;

Grad der Fahrlässigkeit;

den Ersatz des unmittelbaren und mittelbaren Schadens im Zusammenhange. Vom Standpunkte des Entwurfes aus, welcher prinzipiell in Ansehung der Rechtsfolgen unerlaubter Handlungen zwischen den verschiedenen Graden der Verschuldung und zwischen mittelbaren und unmittelbaren Folgen nicht unterscheidet, fehlt es an einem genügenden Grunde, gerade in einem der wichtigsten Fälle von den Prinzipien des § 704 abzuweichen. Ebensowenig würde es gerechtfertigt sein, nach dem Vorbilde des bayr. Entw. Art. 942 (vergl. auch bad. Ges. v. 6. März 1845 § 15, schweiz. Bd. Ges. Art. 51, 52, 54) — in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen — hier ausnahmsweise vorzuschreiben, daß bei Feststellung der Größe der Entschädigung auf den Grad der Verschuldung Rücksicht zu nehmen sei.

eigenes Verschulden des Getödteten,

Für den Fall, daß bei der Tödtung ein Verschulden des Getödteten im Sinne des § 222 konkurrirte, erhebt sich — ähnlich wie in dem Falle, wenn die Tödtung im Zweikampfe oder mit Einwilligung des Getödteten erfolgt ist — die Frage, ob der Thäter sich auf das konkurrirende Verschulden des Getödteten nach Maßgabe des § 222 auch den Ansprüchen Dritter gegenüber berufen kann, welche auf Grund des § 704 Abs. 1, des § 722 Abs. 1 und der §§ 723, 725 Ersatz des ihnen in Folge der Tödtung zugefügten Schadens fordern. Die meisten neueren Gesetzgebungswerke enthalten keine ausdrückliche Entscheidung dieser Frage. Eine Ausnahme macht nur das bad. Ges. v. 6. März 1845 § 15, indem dasselbe ganz allgemein bestimmt, daß der Richter bei Vergehen aus Fahrlässigkeit, wenn eigenes Verschulden des Beschädigten oder Getödteten zu dem Erfolge mitgewirkt habe, bei Bemessung der Entschädigung darauf Rücksicht zu nehmen habe, geeignetenfalls aber auch den Thäter von der Entschädigungsverbindlichkeit ganz freisprechen könne. Wie gemeinrechtlich die Frage zu entscheiden, ist zweifelhaft. Die preuß. Jurisprudenz nimmt an, daß die Ansprüche der Familie des Getödteten und der Alimentationsberechtigten durch konkurrirendes Verschulden des Getödteten nicht ausgeschlossen werden, da die §§ 18, 19 I, 6 A. L. R. diesen in den §§ 98 bis 110 das. besonders geregelten Ansprüchen gegenüber nicht anwendbar seien (vergl. Entsch. d. R. G. bei Gruchot XXV S. 950 ff.).

Bei der Entscheidung dieser Frage vom Standpunkte des Entwurfes aus kommen ähnliche Gesichtspunkte in Betracht, wie in dem Falle, wenn die Tödtung im Zweikampfe oder mit Einwilligung des Getödteten erfolgt ist. Die Gründe, welche den Entwurf bestimmt haben, die Frage, ob in dem letzteren Falle die Entschädigungsansprüche Dritter ausgeschlossen sind, nicht durch das Gesetz zu erledigen, müssen dahin führen, auch in der hier fraglichen Beziehung von einer speziellen gesetzlichen Entscheidung abzusehen (s. zu § 222).

Aufreizung des Thäters;

Das württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13 Abs. 2 schließt jeden Ersatzanspruch aus, wenn der Thäter im Falle einer fahrlässigen Tödtung durch besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen von Seiten des Getödteten zum Zorne gereizt und auf der Stelle zu derjenigen That hingerissen worden ist, welche den Tod zur Folge hatte. Das bad. Ges. v. 6. März 1845 § 15 Abs. 2 giebt in einem solchen Falle dem Richter die Befugniß, den Thäter geeigneten Falles von der Entschädigungsverbindlichkeit ganz freizusprechen. Diese Vorschriften sind zweifellos positiv, da durch die

betreffenden Umstände die Widerrechtlichkeit der Tödtung nicht beseitigt wird und auch die Bestimmung des § 222 auf diesen Fall, in welchem es sich nicht um eine Mitwirkung des Getödteten bei der Tödtung handelt, nicht anwendbar ist. Eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen in der hier fraglichen Richtung ist um so weniger angezeigt, als in dem betreffenden Falle der Thäter auch strafrechtlich verantwortlich ist (§§ 213, 222 des Str. G. B.).

Verzicht, Vergleich, Verjährung;

Auf dem Gebiete des preuß. Rechtes und des Reichshaftpflichtgesetzes ist streitig geworden, ob dadurch, daß der Entschädigungsanspruch des tödtlich Verletzten durch Verzicht, Vergleich oder Verjährung aufgehoben ist, auch der dritten Personen in Folge des später eingetretenen Todes des Verletzten an sich zustehende Entschädigungsanspruch berührt wird. Die Doktrin des preuß. Rechtes verneint die Frage; dagegen hat das vormalige Obertribunal zu Berlin angenommen, daß ein mit dem tödtlich Verletzten abgeschlossener Vergleich auch den Entschädigungsansprüchen Dritter präjudizire (vergl. Strieth. Arch. Bd. 61 Nr. 46 S. 272 ff.). Für das Gebiet des Reichshaftpflichtgesetzes haben Doktrin und Praxis sich vorwiegend für die Verneinung der Frage entschieden (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. I, 25 S. 52). Die neueren Gesetzgebungswerke enthalten keine auf diese Frage bezügliche besondere Bestimmung. Auch der Entwurf hat sich einer solchen Bestimmung enthalten. Es ist als selbstverständlich zu erachten, daß ein nach der tödtlichen Verletzung erklärter Verzicht des Getödteten auf alle Entschädigungsansprüche oder ein mit ihm dieserhalb geschlossener Vergleich die Entschädigungsansprüche Dritter nicht berührt, da diese Ansprüche nach dem § 704 Abs. 1, dem § 722 Abs. 1 und den §§ 723, 725 dem Dritten selbständig, kraft eigenen Rechtes, zustehen (s. zu § 706). Dasselbe gilt von der Verjährung des dem Getödteten zustehenden Entschädigungsanspruches. Eine diese Konsequenzen aussprechende gesetzliche Vorschrift ist hier noch weniger angezeigt, als in dem Falle, wenn die Tödtung im Zweikampfe oder mit Einwilligung des Getödteten erfolgt ist.

Einfluß auf die Rechte Dritter.

Anlangend die Verjährung der in Folge der Tödtung entstehenden Entschädigungsansprüche, so sind in dieser Beziehung die §§ 719, 732 maßgebend. Insbesondere beginnt auch hier die in § 719 Abs. 2 bestimmte dreißigjährige Verjährung nicht erst mit dem Tode des Verletzten, sondern mit dem Zeitpunkte, in welchem die unerlaubte Handlung begangen ist. Es gilt dies namentlich auch von dem Anspruche der in § 723 bezeichneten alimentationsberechtigten Personen auf Schadensersatz wegen Entziehung ihres Rechtes auf den Unterhalt.

§ 722.

Schadensersatz im Einzelnen.

Der § 722 regelt — abgesehen von dem zu den Ansprüchen Dritter gehörenden Anspruche auf Entschädigung wegen der Beerdigungskosten — die Entschädigungsansprüche des Getödteten bezw. seiner Erben als solcher.

In Ansehung der im Eingange des § 722 Abs. 1 bestimmten Voraussetzung, von welcher die Entschädigungsansprüche abhängig sind, wird auf die gemeinsamen Motive zu den §§ 722—725 Bezug genommen.

Zu den nach dem § 722 an die Tödtung geknüpften Rechtsfolgen ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken:

Kosten der versuchten Heilung.

Im Einklange mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen (l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 verb. mit l. 7 D. de his, qui effud. 9, 3; bayr. L. R. IV, 16 § 6 Nr. 4; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 98, 110; österr. G. B. § 1327; code civil Art. 1382; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 11; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13 Abs. 1; sächs. G. B. § 1491; schweiz. Bd. Ges. Art. 52; hess. Entw. Art. 661, bayr. Entw. Art. 941 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 1007; vergl. auch das Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 1; Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 5 Abs. 1 und 2 Nr. 1; Ges., betr. die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes in Folge von Betriebsunfällen, v. 15. März 1886 § 1 Abs. 3; Ges., betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, v. 5. Mai 1886 § 6 Nr. 1; Ges., betr. die Unfallversicherung der Seeleute und anderer an der Seeschifffahrt betheiligter Personen, v. 13. Juli 1887 § 9) legt der Abs. 1 dem Thäter zunächst die Pflicht zum Ersatze der Kosten der versuchten Heilung auf. Den Thäter für verpflichtet zu erklären, diese Kosten zu ersetzen, ist nach dem Prinzipe des § 704 Abs. 2 zweifellos gerechtfertigt. Es kann sich nur fragen, ob es angemessen ist, die Verpflichtung an dieser Stelle auszusprechen. Die gedachten Kosten erscheinen weniger als Folge der Tödtung, denn als Folge der vorausgegangenen Verletzung. Der Anspruch auf Ersatz derselben ist von dem Getödteten erworben und geht als Bestandtheil des Nachlasses auf seine Erben über. Die Vorschrift scheint hiernach nur eine Wiederholung der im § 726 (vergl. auch Abs. 3) sich findenden entsprechenden Vorschrift zu enthalten und deshalb hier entbehrlich zu sein. Ihre Aufnahme empfiehlt sich jedoch deshalb, weil der Abs. 1 die im Tödtungsfalle dem Thäter unter allen Umständen oder zunächst obliegenden Verpflichtungen bestimmt und zu diesen in erster Reihe die Verpflichtung zum Ersatze jener Kosten gehört, so daß die Uebergehung derselben als eine Lücke empfunden werden könnte. Dazu kommt, daß die meisten neueren Gesetzgebungswerke jene Verbindlichkeit ebenfalls unter den Folgen der Tödtung ausdrücklich hervorheben.

Anlangend die Fassung, so spricht das Reichshaftpflichtges. von den Kosten „einer" versuchten Heilung. Die dem sächs. G. B., dem schweiz. Bd. Ges., dem hess., bayr. und dresd. Entw. sich anschließende Fassung des Abs. 1 verdient als die korrektere den Vorzug, da auch die Kosten mehrerer Heilungsversuche zu ersetzen sind (vergl. auch Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 5 Abs. 2 Nr. 1 und die übrigen sich an dasselbe anschließenden, oben angeführten Gesetze: „Kosten des Heilverfahrens").

Nach dem Vorgange des bayr. Entw. Art. 941 Abs. 1 und des sächs. G. B. § 1491 bezeichnet der dresd. Entw. Art. 1007 in Ansehung der zuvor gedachten Kosten als forderungsberechtigt die Erben des Getödteten. In dem § 722 ist ein solcher Zusatz nicht aufgenommen, da es nach §§ 292, 2051 selbstverständlich ist, daß der dem Getödteten erworbene Ersatzanspruch auf die Erben als solche übergeht. Hat derjenige, welcher den Getödteten zu alimentiren verpflichtet gewesen ist, in Erfüllung der Alimentirungspflicht die Kosten der versuchten Heilung bestritten, so steht demselben ein selbständiger Ersatzanspruch gegen den Thäter aus dem Delikte nur nach Maßgabe des § 725

verb. mit § 704 Abs. 1, also nur dann zu, wenn bei Begehung der unerlaubten Handlung deren Folgen für den Unterhalt des Dritten vorausgesehen wurden. Andererseits wird der Ersatzanspruch des Getödteten nach § 723 Abs. 4 dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Anderer ihm den Unterhalt zu gewähren hat.

Das sächs. G. B. § 1491 und der dresd. Entw. Art. 1007 (vergl. auch hess. Entw. Art. 661) legen dem Thäter ferner die Verpflichtung zum Ersatze der Kosten der ärztlichen Untersuchung auf. Es bleibt dunkel, welche Kosten jene Vorschriften im Auge haben. Da die Erben für forderungsberechtigt erklärt sind, so liegt es nahe, die Bestimmung auf solche Kosten zu beziehen, welche zu den Kurkosten oder den Beerdigungskosten gehören. Sind andere nach dem Tode des Verletzten dritten Personen erwachsene Kosten gemeint, so richtet sich der Anspruch auf Ersatz derselben nach den Vorschriften der §§ 725, 704 Abs. 1. der ärztlichen Untersuchung,

Anlangend die Beerdigungskosten, so ist die Bestimmung des Abs. 1, welche den Thäter zum Ersatze dieser Kosten für verpflichtet erklärt, eine positive. Aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich diese Pflicht des Thäters nicht herleiten. Die Herleitung scheitert an dem Umstande, daß die Beerdigungskosten — von ganz ausnahmsweise vorliegenden und daher nicht zu beachtenden Umständen abgesehen — stets nöthig werden und die Tödtung nur die Nothwendigkeit mit sich bringt, die Kosten früher zu bestreiten, als sonst hätte geschehen müssen. Die gemeinrechtliche Praxis hat, in Ermangelung einer besonderen Bestimmung, die hier fragliche Verbindlichkeit des Thäters verneint (Seuffert VIII, 138, XI, 225). Auch der hess. Entw. Art. 661 erwähnt die Beerdigungskosten nicht. Das österr. G. B. § 1327 und das württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13 sprechen allgemein von den Kosten der Tödtung und lassen es zweifelhaft, ob darunter auch die Beerdigungskosten zu verstehen sind. Dagegen haben das preuß. A. L. R. I, 6 §§ 98, 110, das sächs. G. B. § 1491, das schweiz. Bd. Ges. Art. 52, der bayr. Entw. Art. 941 Abs. 1 und der dresd. Entw. Art. 1007 die Verpflichtung des Thäters zum Ersatze dieser Kosten ausdrücklich anerkannt (vergl. auch bad. Ges. v. 6. März 1845 § 5; Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 1; Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 6 Nr. 1; Ges., betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, v. 5. Mai 1886 § 7 Nr. 1; Ges., betr. die Unfallversicherung der Seeleute und anderer an der Seeschifffahrt betheiligter Personen, v. 13. Juli 1877 § 13 Nr. 1). Der Entwurf hat sich diesen letzteren Gesetzgebungen angeschlossen, da die betreffende Vorschrift in hohem Grade die Billigkeit für sich hat. Für forderungsberechtigt sind jedoch nicht — mit dem sächs. G. B., dem bayr. und dem dresd. Entw. a. a. O. — die Erben des Getödteten zu erklären, vielmehr ist der Ersatzanspruch — in Berücksichtigung des positiven Karakters der Bestimmung — demjenigen einzuräumen, welchem die Verpflichtung, die Kosten der Beerdigung zu tragen, oblag. Nach § 2055 ist dies allerdings zunächst der Erbe. Indessen kann jene Verpflichtung nach § 1488 Abs. 4 auch demjenigen obliegen, welcher dem Getödteten den Unterhalt zu gewähren verpflichtet war. der Beerdigung.

Ein Bedürfniß, dem Thäter zugleich die Pflicht zur Vorschußleistung in Ansehung der Beerdigungskosten aufzuerlegen, liegt nicht vor. Anlangend die

Kosten der Heilung, so gewährt der § 726 Abs. 1 Satz 1 verb. mit § 722 Abs. 3 dem tödtlich Verletzten insoweit einen Anspruch auf Vorschußleistung.

Sonstiger Schaden des Getödteten bezw. dessen Erben.

Aus dem Prinzipe des § 704 Abs. 2 und den Bestimmungen des § 726 folgt, daß der Thäter dem Getödteten bezw. dessen Erben als solchen außer den Kosten der versuchten Heilung auch allen sonstigen Vermögensschaden zu ersetzen hat, welcher dem Getödteten in Folge der tödtlichen Verletzung erwachsen ist. Insbesondere können, wenn der Tod nicht sofort eingetreten ist, für den Verletzten nach Maßgabe der Vorschriften des § 726 und des § 728 Abs. 1 Entschädigungsansprüche begründet sein. Um nach dieser Richtung hin Mißverständnisse zu vermeiden, ist es für angemessen erachtet, in Abs. 3 ausdrücklich hervorzuheben, daß die Ansprüche, welche der Getödtete im Falle des nicht sofort erfolgten Todes in Gemäßheit der Vorschriften des § 726 und des § 728 Abs. 1 erworben hat, unberührt bleiben (vergl. auch schweiz. Bd. Ges. Art. 52).

Erlöschen eines Vermögensrechtes, Verhinderung des Erwerbes eines solchen.

Der zweite Absatz des § 722 entscheidet die zweifelhafte Frage, ob, wenn durch den Tod ein an die Person des Getödteten geknüpftes Vermögensrecht, z. B. ein Nießbrauchs- oder ein Leibrentenrecht (§§ 1014, 660), erloschen oder wenn der Erwerb eines Vermögensrechtes verhindert worden ist, welches der Getödtete erworben haben würde, wenn seine muthmaßliche Lebensdauer nicht verkürzt worden wäre, z. B. der Erwerb einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, dadurch der Getödtete selbst in seinem Vermögen insoweit als beschädigt anzusehen ist, als sein Nachlaß durch den vorzeitigen Tod eine Verminderung erlitten hat, oder ob es sich in diesen Fällen nur um eine Beschädigung der Erben desselben handelt. Die bestehenden Rechte und die neueren Entwürfe übergehen die Frage; nur für den speziellen Fall, wenn der Rentenschuldner den Tod des Rentengläubigers, auf dessen Lebensdauer die Leibrente gestellt ist, vorsätzlich verursacht hat, haben einige neuere Gesetzgebungen durch die besondere Bestimmung Vorsorge getroffen, daß die Erben des Rentengläubigers das Rentenkapital zurückfordern können, ohne daß sie zur Erstattung der von ihrem Erblasser gezogenen Renten verpflichtet sind (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 §§ 621—623; sächs. G. B. § 1155 Satz 3; hess. Entw. Art. 574 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 791 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 876 Abs. 2). Es empfiehlt sich jedoch nicht, jene Frage, die sichtbar eine viel weitergehende Bedeutung hat, nur für den speziellen Fall und zudem durch eine derartige rein positive, einen pönalen Karakter an sich tragende Vorschrift zu regeln. Andererseits ist es bei der praktischen Wichtigkeit der Frage bedenklich, eine gesetzliche Entscheidung der Frage abzulehnen und die Lösung derselben der Wissenschaft und Praxis zu überlassen, zumal man an der Hand der allgemeinen Grundsätze zu einem Ergebnisse gelangen kann, welches vom legislativen Standpunkte aus in hohem Grade unbefriedigend ist. Hingesehen auf die allgemeinen Grundsätze, läßt sich nämlich die Auffassung vertreten, daß der Getödtete selbst in den betreffenden Fällen einen Vermögensschaden nicht habe erleiden können, vielmehr nur eine Beschädigung der Erben desselben denkbar sei, indem die Tödtung eine Verminderung der Erbschaft bewirkt habe. Bei dieser Auffassung würden aber die Erben in Ansehung einer solchen Beschädigung als Dritte erscheinen, der Anspruch auf Schadensersatz ihnen mithin nicht aus der Person des Erblassers,

sondern nach Maßgabe der Vorschriften des § 725, des § 704 Abs. 1 als ein eigener, selbständiger Anspruch zustehen. Ob diese Auffassung juristisch haltbar ist, kann auf sich beruhen; jedenfalls verdient sie vom Standpunkte des Gesetzgebers aus keine Billigung. Zunächst droht sie, den Erben alle Ersatzansprüche deshalb zu entziehen, weil immer oder doch mindestens in den weitaus meisten Fällen ungewiß und unvermeidlich bleibt, daß sie auch dann, wenn der Erblasser nicht getödtet wäre, dessen Erben geworden sein würden. Weiter würden in Gemäßheit jener Auffassung die Ersatzansprüche der Erben nicht als Bestandtheil des Nachlasses sich betrachten lassen, folglich weder zu Gunsten der Nachlaßgläubiger, noch bei Berechnung der Erbschaftssteuer in Anschlag kommen dürfen, ein Ergebniß, dessen Sachwidrigkeit sich kaum verkennen läßt. Endlich ergiebt sich das noch weit anstößigere Resultat, daß, obschon in den Rechtskreis des Erblassers durch die That widerrechtlich eingegriffen ist, mithin in Gemäßheit des Prinzipes des § 704 Abs. 2 ihm jeder dadurch entstandene Schaden, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe vorauszusehen war oder nicht, zu ersetzen ist, gleichwohl die Erben, welche ihre Ansprüche auf den Rechtskreis des Getödteten stützen und von diesem ihre Rechte herleiten, nur Ersatz des voraussehbaren Schadens verlangen können. Für das Gesetz empfiehlt sich daher ohne Zweifel ein anderer Standpunkt, nämlich der, daß nicht die Erben als unmittelbar beschädigt anzusehen sind, sondern der Erblasser es ist, welcher durch die Verringerung der Erbschaft den Schaden erlitten hat und dessen betreffende Ansprüche auf die Erben nur übergehen, so daß zum Nachlasse ein Anspruch nicht gehört, wenn ein Anspruch des Erblassers nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. wegen Einwilligung (§ 706), ausgeschlossen ist. Dieser Standpunkt läßt sich auch juristisch vertreten: die Verletzung geht der Tödtung voraus; die erstere ist die wahre Ursache der fraglichen Vermögensverminderung; sie ist noch während des Lebens des Getödteten eingetreten, so daß dieser auch als derjenige erscheint, welcher den in der Verminderung der Erbschaft sich manifestirenden Schaden erlitten hat. Für das Gesetz kommt es indessen nicht entscheidend darauf an, ob die vorstehende Deduktion juristisch sich halten läßt. Entscheidend ist, daß das Resultat derselben nach Obigem als das allein sachgemäße erscheint. Wie der in Rede stehende Schaden im Uebrigen zu berechnen, namentlich in den Fällen, wenn ein an die Person des Getödteten geknüpftes Nießbrauchs- oder Leibrentenrecht — sei es zu Gunsten des Thäters oder eines Dritten — erloschen ist, ob alsdann insbesondere die Bezüge während der muthmaßlichen Lebensdauer des Getödteten nur nach Abzug dessen in Anschlag zu bringen, was voraussichtlich der Getödtete davon zu seinem Lebensunterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, welche er zu unterhalten gesetzlich verpflichtet gewesen wäre, verwendet haben würde u. s. w., hat das Gesetz nicht zu bestimmen, da die Entscheidung von der Beantwortung der zu einer gesetzlichen Lösung nicht geeigneten und deshalb von dem Entwurfe prinzipiell (s. zu § 218) und in ähnlich liegenden Fällen (vergl. zu §§ 724, 727) ebenfalls offen gelassenen Frage abhängt, ob und inwiefern bei der Berechnung des aus einer unerlaubten Handlung erwachsenen Schadens der durch die That erlangte Vortheil abzurechnen ist.

§ 723.

Ersatz wegen Erlöschens eines gesetzlichen Unterhaltsanspruches.

Die §§ 723, 724 beschäftigen sich mit der Frage, inwiefern im Falle der Tödtung der Schuldige einem Dritten, dessen gesetzliches Recht auf Unterhalt gegen den Getödteten in Folge der Tödtung erloschen ist, dieserhalb Schadensersatz zu leisten hat. Der § 723 spricht das Prinzip aus und bestimmt die näheren Voraussetzungen des hier fraglichen Ersatzanspruches; der § 724 regelt die Art und Weise, in welcher der nach § 723 zu leistende Schadensersatz zu bewirken ist.

Da die Tödtung keineswegs ein Recht des Alimentationsberechtigten im Sinne des § 704 Abs. 2 verletzt, so liegt ihm gegenüber nur eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 704 Abs. 1 vor. Daraus folgt, daß der Thäter, in Ermangelung einer besonderen Bestimmung, nicht zu haften hat, wenn er die Beschädigung des Alimentationsberechtigten nicht hat voraussehen können. Dieses Resultat ist aber unbefriedigend. Das praktische Bedürfniß erheischt eine Vorschrift, welche das obige Ergebniß zu Gunsten der kraft des Gesetzes alimentationsberechtigten Personen ablehnt und denselben einen Ersatzanspruch auch dann gewährt, wenn bei Begehung der unerlaubten Handlung deren Folgen für das Recht auf den Unterhalt nicht vorauszusehen waren. Eine solche Vorschrift ist um so unbedenklicher, als das Gesetz davon ausgehen kann, daß derjenige, welcher einen Anderen aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit tödtet, immer hat voraussehen müssen, daß der Getödtete Personen hinterlassen könne, die ihm gegenüber kraft des Gesetzes alimentationsberechtigt sind. Jene Vorschrift steht zudem mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen im Einklange. Nur insofern weichen einzelne Rechte (bayr. L. R. IV, 16 § 6 Nr. 5; österr. G. B. § 1327) ab, als sie den Kreis der wegen Entziehung des Rechtes auf den Unterhalt entschädigungsberechtigten Personen auf die Wittwe und die Kinder des Getödteten beschränken. Auch gemeinrechtlich wird vielfach nur ein Ersatzanspruch dieser Angehörigen anerkannt (vergl. oben S. 767); doch hat das Reichsgericht (Entsch. in Civils. VII, 44; a. M. I, 25 S. 50 das.) sich für die Ausdehnung auf alle alimentationsberechtigten Verwandten des Getödteten ausgesprochen (vergl. auch Seuffert XXXIX, 301). Die meisten neueren Gesetzgebungswerke (preuß. A. L. R. I, 6 §§ 99, 103, 104, 109; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13; bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 3, 4; sächs. G. B. § 1492; schweiz. Bd. Ges. Art 52; hess. Entw. Art. 661, bayr. Entw. Art. 9, 41, dresd. Entw. Art. 1008; vergl. auch Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 1; Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 6) stehen auf demselben Boden wie der Entwurf; das sächs. G. B., das württemb. Ges. v. 5. September 1839, der hess. und der bayr. Entw. gehen jedoch insoweit über den vorliegenden Entwurf hinaus, als sie auch solchen alimentationsberechtigten Personen, deren Recht auf den Unterhalt gegen den Getödteten auf Rechtsgeschäft beruht, unbedingt einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Entziehung des Unterhaltes gewähren. Noch weiter geht das schweiz. Bd. Ges., indem dasselbe nicht darauf abstellt, ob der Dritte ein Recht auf den Unterhalt, sondern (thatsächlich) seinen Versorger in Folge der Tödtung verloren hat. Ein Bedürfniß, nach dem Vorbilde dieser zuletzt gedachten Gesetzgebungswerke die Ausnahmen von dem Prinzipe

des § 704 Abs. 1 noch weiter auszudehnen, kann indessen nicht anerkannt werden; auch führen im Uebrigen die Gründe, auf denen nach Obigem die in § 723 bestimmte Ausnahme beruht, nicht zu einer solchen Erweiterung. In Ansehung solcher Personen, welchen in Folge der Tödtung der Unterhalt entzogen wird, denen aber ein gesetzliches Recht auf den Unterhalt gegen den Getödteten nicht zustand, genügen die Bestimmungen der §§ 725, 704 Abs. 1. Andererseits fehlt es an einem genügenden Grunde, die in Rede stehende Ausnahmebestimmung auf die Wittwe und die Kinder des Getödteten zu beschränken und andere kraft des Gesetzes alimentationsberechtigte Dritte von der Begünstigung auszuschließen.

a) Berechtigte Personen.

In welchen Fällen ein gesetzliches Recht auf Unterhalt begründet ist, ergiebt sich aus anderen Bestimmungen (vergl. §§ 1280, 1281, 1454, 1480, 1562, 1571, 1583 Abs. 2, §§ 1598, 1601 Abs. 1, § 1626 Abs. 2). Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen sind namentlich in Ansehung der unehelichen Kinder, der durch Ehelichkeitserklärung legitimirten und der angenommenen Kinder, der Kinder aus einer ungültigen Ehe, sowie in Ansehung des geschiedenen, für den unschuldigen Theil erklärten Ehegatten besondere Vorschriften, wie solche in Ansehung einzelner der hier in Frage stehenden Verhältnisse in dem bad. Ges. v. 6. März 1845 § 4 sich finden, nicht erforderlich.

Der § 723 gewährt aber nicht nur denjenigen Personen einen Anspruch auf Schadensersatz, welche zur Zeit der Beibringung der tödtlichen Verletzung einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt gegen den Getödteten bereits erworben hatten, sondern auch denjenigen, welche zwar zu der entscheidenden Zeit zu den im Gesetze als alimentationsberechtigt bezeichneten Personen gehörten, damals aber einen Anspruch auf Verabreichung des Unterhaltes noch nicht zu erheben vermochten, weil ein hierzu durch das Gesetz vorgeschriebenes Erforderniß noch nicht erfüllt war, z. B. ein zum eigenen Unterhalte hinreichendes Vermögen der Personen oder ein näherer Verwandter vorhanden war. Die Ausdehnung des § 723 auf die betreffenden Personen ist nur konsequent, andererseits nichts weniger als unbillig. Auf demselben Standpunkte scheinen auch die neueren Gesetzgebungswerke zu stehen, indem sie bestimmen, daß der Schuldige den alimentationsberechtigten Personen insoweit Ersatz zu leisten habe, als ihnen in Folge der Tödtung der Unterhalt entzogen worden ist (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 99, 109; österr. G. B. § 1327; bayr. L. R. IV, 16 § 6 Nr. 5; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13; bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 3, 4; hess. Entw. Art. 661, bayr. Entw. Art. 941, dresd. Entw. Art. 1008; vergl. auch Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 1 und dazu Entsch. d. R. G. in Civils. IV, 29).

b) Entscheidender Zeitpunkt.

Die neueren Kodifikationen schweigen darüber, welcher Zeitpunkt für die Bestimmung des Kreises der alimentationsberechtigten Personen maßgebend ist. Auch das Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 1 enthält keine ausdrückliche darauf bezügliche Bestimmung. In Folge dessen hat sich auf dem Gebiete dieses Gesetzes die Streitfrage erhoben, ob, wenn der tödtlich Verletzte erst nach der Verletzung eine Ehe geschlossen hat, die überlebende Wittwe und die aus dieser Ehe stammenden Kinder des später an der Verletzung Gestorbenen nach Maßgabe jenes Gesetzes Entschädigung wegen Entziehung des Unterhaltes

verlangen können. Das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht haben die Frage bejaht. Wie indessen die Entscheidungsgründe ergeben, stützen sich diese Entscheidungen nicht auf allgemeine Prinzipien, sondern auf den besonderen Inhalt und Zweck jenes Gesetzes; im Gegentheil wird in den Entscheidungsgründen anerkannt, daß die Bejahung der Frage mit den allgemeinen Prinzipien über außerkontraktliches Verschulden nicht im Einklange stehe (Entsch. d. R. O. H. G. XXIV, 33; Entsch. d. R. G. in Civils. I, 25.) Das Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 6 schließt den Anspruch der Wittwe auf eine Rente aus, wenn die Ehe erst nach dem Unfalle geschlossen worden ist (vergl. auch Ges., betr. die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes in Folge von Betriebsunfällen, v. 15. März 1886 § 2; Ges., betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, v. 5. Mai 1886 § 7; Ges., betr. die Unfallversicherung der Seeleute und anderer an der Seeschifffahrt betheiligter Personen, v. 13. Juli 1887 § 13). Nach allgemeinen Grundsätzen muß die Zeit der That entscheiden; denn zivilrechtlich kann der Thäter nur für dasjenige verantwortlich sein, was zur Zeit der Begehung der That als deren Folge im Bereiche der Möglichkeit lag. Der Zeitpunkt des Todes darf nicht entscheiden, weil der Tod zwar zum Thatbestande des Deliktes der Tödtung gehört, aber nicht einen Bestandtheil der von dem Thäter zu vertretenden Handlungen bildet. Gleichwohl ist es unthunlich, die Zeit der Begehung der unerlaubten Handlung für ausschlaggebend zu erklären. Eine solche Bestimmung würde ein unpassendes Ergebniß in denjenigen Fällen zur Folge haben, in welchen die tödtliche Verletzung erst längere oder kürzere Zeit nach Begehung der Handlung eintritt, z. B. wenn ein fehlerhafter Bau, für dessen Fehler der Baumeister verantwortlich ist, erst geraume Zeit nach der Vollendung einstürzt. Richtiger ist es daher, die Zeit der tödtlichen Verletzung als die entscheidende zu bestimmen.

Nascituri. Von der Bestimmung, daß die Zeit der Beibringung der tödtlichen Verletzung für die Bestimmung des Kreises der Alimentationsberechtigten entscheidend ist, hat der Abs. 1 Satz 2 indessen eine Ausnahme zu Gunsten desjenigen gemacht, welcher zu der bezeichneten Zeit noch nicht geboren, aber bereits empfangen war. Auf dem Gebiete des Reichshaftpflichtges. ist es streitig geworden, ob ein solches Kind des Getödteten Ersatz wegen Entziehung des Unterhaltes fordern kann. Das R. O. H. G. (Entsch. XXIII, 68) hat in einer preuß. Sache die Frage im Hinblicke auf die allgemeine, die Rechte des nasciturus wahrende Bestimmung im A. L. R. I, 1 § 12 bejaht. Da in den Entwurf eine allgemeine Bestimmung der Art nicht aufgenommen ist (vergl. § 3), es aber der Tendenz des § 717 und der Billigkeit entspricht, wenn auch derjenige für entschädigungsberechtigt erklärt wird, welcher zu der fraglichen Zeit noch nicht geboren, aber empfangen war, so muß dies besonders bestimmt werden.

c) Rechtliche Natur des Anspruches. Der nach § 723 den dort bezeichneten alimentationsberechtigten Personen gegen den Schuldigen gewährte Anspruch geht dahin, daß ihnen insoweit Schadensersatz zu leisten ist, als in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt erloschen ist. Anlangend die rechtliche Natur dieses Anspruches, so

ist es für die Entscheidung einer Reihe von Fragen von ausschlaggebender Bedeutung, ob man jenen Anspruch als einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Entziehung des Unterhaltes oder als einen auf Delikt beruhenden, nur zum Zwecke des Schadensersatzes gegebenen Anspruch auf Unterhalt auffaßt. In der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis wird der den alimentationsberechtigten Angehörigen des Getödteten nach dem Gerichtsgebrauche beigelegte Anspruch bald als ein Anspruch auf Unterhalt, bald als ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Entziehung des Unterhaltes bezeichnet (vergl. Urth. d. R. G. bei Seuffert XXXIX, 106). Das preuß. A. L. R. I, 6 § 99 hat dem Anspruche den Karakter eines an die Stelle des bisherigen Unterhaltsanspruches gegen den Getödteten tretenden Unterhaltsanspruches gegeben (Entsch. d. R. O. H. G. XXII, 74 S. 325 Anm.). Dagegen haben die meisten neueren Gesetzgebungen die Bezeichnung des Anspruches als eines Unterhaltsanspruches vermieden und eine ähnliche Fassung gewählt, wie die des Entwurfes (vergl. österr. G. B. § 1327; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13; bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 3, 4; sächs. G. B. § 1492; schweiz. Bd. Ges. Art. 52; hess. Entw. Art. 661, bayr. Entw. Art. 941, dresd. Entw. Art. 1008). Auch das Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 (vergl. ferner Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 6) drückt sich dahin aus, daß der Alimentationsberechtigte insoweit Ersatz fordern könne, als ihm in Folge des Todesfalles der Unterhalt entzogen worden sei (vergl. die §§ 2, 3 Nr. 1 das.). Trotz dieser Fassung ist es allerdings streitig geworden, ob der Anspruch des Alimentationsberechtigten, soweit eine Rente zugebilligt wird, als ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Entziehung des Unterhaltes oder als ein zum Zwecke des Schadensersatzes gegebener Alimentationsanspruch anzusehen sei. Die Praxis, insbesondere die Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes, hat sich aber für die erstere Auffassung entschieden (vergl. Seuffert XXXV, 128, 293, XLII, 118; Entsch. d. R. O. H. G. XXII, 74, 83, XXIII, 77, Entsch. des R. G. in Civils. I, 85). Auf dieser Auffassung beruht auch der Entwurf. Es ergiebt sich dies mit genügender Deutlichkeit aus der Fassung des § 723 in Verbindung mit den Bestimmungen des § 724 und der allgemeinen Vorschrift des § 219, daß der Schadensersatz, wenn die Herstellung des früheren Zustandes nicht möglich ist — wie dies hier der Fall —, durch Entschädigung in Geld geleistet wird. Damit ist die Auffassung, daß in dem vorliegenden Falle die Leistung des Schadensersatzes in der Begründung eines Alimentationsanspruches, also eines ganz anders gearteten Anspruches bestehe, nicht vereinbar. Mit Rücksicht auf die ökonomische Bestimmung des dem Alimentationsberechtigten gewährten Anspruches ist der letztere jedoch für den Fall, daß die Entschädigung durch die Zubilligung einer Rente bewirkt wird, in verschiedenen Beziehungen (vergl. § 724 Abs. 3, 4) durch positive Bestimmungen einer Alimentenforderung gleichgestellt.

d) Noch nicht entstandene Unterhaltsansprüche.

Aus der Bestimmung, daß dem alimentationsberechtigten Dritten insoweit Schadensersatz zu leisten ist, als in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt erloschen ist, folgt, daß, wenn auf Grund des Rechtsverhältnisses, in welchem er zu dem Getödteten zur Zeit der Beibringung der tödtlichen Verletzung stand, zur Zeit des Todes ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt noch

nicht zur Entstehung gelangt war — z. B., weil es an der Bedürftigkeit auf Seiten des Dritten oder an der Leistungsfähigkeit auf Seiten des Getödteten in solchen Fällen fehlte, in welchen der Unterhaltsanspruch gegen den Getödteten von dem Vorhandensein dieser Voraussetzungen abhängig war, oder weil dem Getödteten die Verpflichtung, den Dritten zu unterhalten, gesetzlich nur subsidiär oblag und der zunächst Verpflichtete leistungsfähig ist —, der Schuldige dem Dritten erst von der Zeit an Schadensersatz zu leisten hat, in welcher der Getödtete, wenn er nicht getödtet worden wäre, zum Unterhalte des Dritten verpflichtet gewesen sein würde (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XXIII, 110; Entsch. d. R. G. in Civils. IV, 29, VII, 44 S. 144).

e) Vorhandensein anderer Unterhaltspflichtiger.

Ebensowenig ist ein Anspruch auf Schadensersatz begründet, wenn die Alimentationspflicht, welche dem Getödteten oblag, auf dessen Erben übergeht (vergl. § 1575) und diese solvent sind. Anders liegt die Sache, wenn in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt gegen den Getödteten erloschen ist, aber ein anderer bis dahin nur subsidiär Verpflichteter an Stelle des Getödteten den Unterhalt zu gewähren hat. Indessen könnte in einem solchen Falle in Ermangelung einer besonderen Bestimmung gegen die Zulässigkeit eines Anspruches auf Schadensersatz das Bedenken erhoben werden, daß der Alimentationsberechtigte unter der Voraussetzung der Solvenz des Anderen einen Schaden überall nicht erlitten habe, da in Folge der Tödtung durch dieselbe Thatsache an Stelle des erloschenen Rechtes auf Unterhalt gegen den Getödteten ein neues Recht auf Unterhalt gegen den bis dahin nur subsidiär Verpflichteten entstanden sei. Dieses Bedenken ist namentlich auf dem Gebiete des Reichshaftpflichtgesetzes geltend gemacht worden; doch hat die Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes sich für die Zulässigkeit des Schadensersatzanspruches ausgesprochen, weil sonst dem Zwecke des Gesetzes entgegen der subsidiär zur Alimentation Verpflichtete den durch die Tödtung verursachten Schaden statt des Unternehmers zu tragen hätte (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XIII, 9 S. 25, XIV, 128 S. 408; Entsch. d. R. G. bei Seuffert XXXVII, 222). Dieser Gesichtspunkt muß jedenfalls vom legislativen Standpunkte aus als entscheidend angesehen werden. Wollte man in dem betreffenden Falle den Ersatzanspruch des Alimentationsberechtigten ausschließen, so würde der subsidiär Verpflichtete nach Maßgabe der §§ 725, 704 Abs. 1 seinerseits nur dann Schadensersatz von dem Thäter fordern können, wenn seine Beschädigung in Folge der Tödtung vorauszusehen war. Um die Zweifel, welche beim Schweigen des Gesetzes in der hier fraglichen Beziehung entstehen könnten, abzuschneiden, ist es als angemessen erachtet, in Abs. 2 ausdrücklich zu bestimmen, daß der Ersatzanspruch des Alimentationsberechtigten dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß ein Anderer an Stelle des Getödteten den Unterhalt zu gewähren hat. Waren neben dem Getödteten andere zur Alimentation Verpflichtete gleichen Grades vorhanden, so kann der Alimentationsberechtigte nach Abs. 1 Satz 1 von dem Schuldigen insoweit Schadensersatz verlangen, als er auch von dem Getödteten, wenn dieser nicht getödtet wäre, den Unterhalt hätte fordern können (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XXIII, 98; Urth. d. R. G. bei Seuffert XXXVII, 222).

Anlangend das Maß der dem Alimentationsberechtigten zu gewährenden

Entschädigung, so bestimmen verschiedene neuere Gesetzgebungen, daß bei Bestimmung der Größe der Ersatzleistung auf die Erwerbsfähigkeit des Getödteten, sowie auf das Bedürfniß und die sonstigen Verhältnisse des Ersatzberechtigten Rücksicht zu nehmen sei (vergl. württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13; bad. Ges. vom 6. März 1845 §§ 3, 4; sächs. G. B. § 1492; hess. Entw. Art. 662, bayr. Entw. Art. 942, dresd. Entw. Art. 1008; ferner für das gemeine Recht die bei Gruchot, Beiträge IV S. 167 mitgetheilten Urtheile, Seuffert XI, 44, Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 44 S. 144). In den Entwurf sind in der hier fraglichen Beziehung besondere Bestimmungen nicht aufgenommen. Aus der Vorschrift des Abs. 1, daß der Thäter dem Ersatzberechtigten insoweit Schadensersatz zu leisten hat, als dessen Anspruch auf Unterhalt erloschen ist, ergiebt sich von selbst, auf welche Umstände bei Abmessung der Entschädigung Rücksicht zu nehmen ist. Was die angeführten Gesetzgebungswerke in dieser Hinsicht vorschreiben, mag für die meisten Fälle zutreffen, ist alsdann aber selbstverständlich. Für ausnahmslos richtig kann es nicht erachtet werden. Insbesondere ist es nicht unbedingt richtig, wenn nach dem sächs. G. B. und dem dresd. Entw. auf die Erwerbsfähigkeit des Getödteten zur Zeit der Tödtung gesehen werden soll; es darf nicht ausgeschlossen sein, unter besonderen Umständen auch auf die Wahrscheinlichkeit einer späteren Steigerung der Erwerbsfähigkeit Rücksicht zu nehmen. Ferner darf das Vermögen u. s. w. des Berechtigten nicht in Anschlag kommen, wenn dessen Anspruch auf Unterhalt von dem Mangel eigenen Vermögens u. s. w. nicht abhängig war. Unrichtig ist es auch, wenn nach dem hess. Entw. und dem bayr. Entw. a. a. O. die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Ersatzpflichtigen bei Bestimmung der Größe der Entschädigung berücksichtigt werden sollen, da es sich um eine Entschädigungs-, nicht um eine Unterhaltungspflicht des Thäters handelt. Daß bei Abmessung der Größe der Entschädigung auch der Grad der Verschuldung des Thäters ohne Einfluß ist, wurde bereits in den Motiven zu §§ 722—725 oben S. 771 f. hervorgehoben. *f) Umfang der Entschädigung:*

Eine andere, namentlich auf dem Gebiete des Reichshaftpflichtgesetzes sehr bestrittene Frage ist, ob und inwieweit, auch wenn der Unterhaltsanspruch des Ersatzberechtigten von dem Mangel eigenen Vermögens nicht abhängig war, dennoch bei Feststellung der Entschädigung solche Vermögensvortheile zu berücksichtigen sind, welche dem Ersatzberechtigten in Folge der Tödtung sonst zukommen (Entsch. d. R. O. H. G. XIII, 9 S. 27, XXII, 59 S. 261; Urth. d. R. G. bei Seuffert XXXVII, 119, XXXIX, 106; Entsch. d. R. G. in Civils. X, 13, XI, 5, XV, 24, XVI, 11). Nach dem preuß. A. L. R. I, 6 §§ 100, 103 soll, wenn die Tödtung aus Vorsatz oder grobem Versehen erfolgt ist, auf das dem Alimentationsberechtigten von dem Getödteten hinterlassene Vermögen, sowie auf die Unterstützungen, welche demselben von dem Staate oder anderswoher angedeihen, keine Rücksicht genommen werden, während, wenn die Tödtung durch mäßiges Versehen verursacht worden ist, das Gegentheil gilt. Der dresd. Entw. Art. 1008 hat nach dem Vorbilde des hess. Entw. Art. 662, des bayr. Entw. Art. 944, des sächs. G. B. § 1492 (vergl. auch bad. Ges. v. 6. März 1845 § 3 und 2) die Bestimmung aufgenommen, daß bei Abmessung der Größe der Entschädigung auf dasjenige *Compensatio lucri et damni.*

Vermögen Rücksicht zu nehmen sei, welches dem Ersatzberechtigten in Folge des Ablebens des Getödteten zukommt. Es handelt sich in der hier fraglichen Beziehung sichtbar um eine weit allgemeinere Frage, um die Frage nämlich, ob und inwiefern überhaupt bei Bestimmung der Ersatzsumme, welche in Folge der Verübung einer unerlaubten Handlung als Schadensersatz zu zahlen ist, der dem Beschädigten durch die That zugegangene Vortheil in Abzug zu bringen ist. Da der Entwurf (vergl. zu § 218 und S. 777 f.) die gesetzliche Lösung dieser allgemeinen Frage, deren richtige Lösung von der Feststellung des Begriffes vom Schaden abhängt, abgelehnt hat, so kann es nicht für zulässig erachtet werden, diese Frage nur für den Fall der Tödtung eines Anderen zu entscheiden. Wie mißlich es ist, insbesondere für den vorliegenden Fall, die Frage durch das Gesetz zu entscheiden, tritt um so deutlicher hervor, als eine befriedigende Lösung ohne eine weitgehende Kasuistik nicht möglich ist. Wenn der bayr. Entw., das sächs. G. B. und der dresd. Entw. die Berücksichtigung aller Vermögensmittel vorschreiben, welche dem Berechtigten in Folge des Ablebens des Getödteten zukommen, so läßt sich dies nur dahin verstehen, daß in Abzug zu bringen sei voll und ganz alles Vermögen, welches dem Berechtigten in Folge des Todes zugefallen ist. Dies würde jedoch mindestens dann zu weit gehen, wenn der Anfall auch bei dem erst später eintretenden Tode erfolgt sein würde und die Tödtung nur eine Verfrühung des Anfalles bewirkt hat. Die Bedenken werden auch dann nicht beseitigt, wenn man vorschreiben wollte, daß die dem Beschädigten durch die That erwachsenen „Vortheile" in Abzug zu bringen seien, da auch der Ausdruck „Vortheile" zu Zweifeln Anlaß giebt, welche zur Erreichung des Zweckes der Bestimmung nur im Wege der Kasuistik sich heben lassen würden.

Ueber die Zeitdauer, für welche dem Ersatzberechtigten Schadensersatz wegen Entziehung des Rechtes auf den Unterhalt zu leisten ist, vergl. zu § 724 Abs. 1, 2.

§ 724.

Art und Weise der Entschädigung.

Der § 724 regelt die Art und Weise, in welcher der nach § 723 zu leistende Schadensersatz zu bewirken ist.

Geltendes Recht.

Nach gemeinem Rechte entscheidet das richterliche Ermessen darüber, ob die Entschädigung in einer Rente oder in einer Kapitalabfindung erfolgen soll. Auf demselben Boden stehen das württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13 Abs. 1, der hess. Entw. Art. 622 Abs. 3 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 52. Dagegen kann nach dem bayr. Entw. Art. 942 der Richter, sofern nicht die Parteien über eine Abfindung in Kapital einverstanden sind, die Entschädigung nur in einer Rente festsetzen. Dies scheint auch der Standpunkt des sächs. G. B. § 1492 und des dresd. Entw. Art. 1008 zu sein, obwohl diese beiden Gesetzgebungswerke sich nicht ausdrücklich darüber aussprechen. Zu dieser Gruppe von Gesetzgebungen gehört ferner das preuß. A. L. R. I, 6 §§ 99, 109, indem dasselbe dem Anspruche des Ersatzberechtigten den Karakter einer Alimentenforderung beilegt (vergl. auch Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 6). Eine dritte Gruppe von Gesetzgebungen hat einen Mittelweg eingeschlagen,

indem nach demselben die Zubilligung einer Rente die Regel bildet, ausnahmsweise jedoch auch eine Abfindung in Kapital zulässig ist. Auf diesem Systeme beruhen das bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 3, 4, 16 und das Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 7. Nach dem bad. Gesetze kann jedoch gegen den Willen des Schuldners nur dann auf eine Abfindung in Kapital erkannt werden, wenn derselbe für die Zahlung der Rente keine Sicherheit zu leisten vermag, während das Reichshaftpflichtgesetz es dem Ermessen des Gerichtes überläßt, ob im konkreten Falle eine Abweichung von der Regel angemessen erscheint.

Entwurf: Rentensystem, Der Entwurf hat sich dem Reichshaftpflichtgesetze angeschlossen. Das Rentensystem erleichtert eine gerechte und billige Entscheidung. Mit jeder Kapitalabfindung ist der große Uebelstand verbunden, daß die Bestimmung derselben in weit höherem Maße mit unbekannten Faktoren zu rechnen zwingt. Das Rentensystem steht auch mit dem Prinzipe des § 219 nicht im Widerspruche; denn auch nach dem Rentensysteme hat die Entschädigung stets in Geld zu erfolgen. Dagegen ist es bedenklich, die Kapitalabfindung gänzlich auszuschließen. Es giebt Fälle, in welchen die letztere wegen der besonderen Umstände den Vorzug verdient, z. B. wenn der Ersatzpflichtige für die Zahlung der Rente keine Sicherheit zu leisten vermag oder mit Hinterlassung einer großen Zahl von Erben verstorben ist. In Würdigung solcher besonderen Umstände läßt das Reichshaftpflichtgesetz die Kapitalabfindung als Ausnahme zu. Diese Art der Regelung hat sich in der Praxis vollkommen bewährt. Es kann daher nur angemessen sein, dieselbe zur Richtschnur zu nehmen.

Geldrente; ausnahmsw. Kapitalabfindung.

Dauer der Rente; Nach Abs. 1 hat der Verpflichtete dem Berechtigten die Geldrente für die Zeit zu entrichten, während welcher der Unterhalt zu gewähren gewesen wäre. Es folgt dies aus dem Prinzipe des § 723, daß dem Berechtigten insoweit Schadensersatz zu leisten ist, als in Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt erloschen ist (vergl. sächs. G. B. § 1492 Satz 2; dresd. Entw. Art. 1008 Abs. 3 Satz 1). Nähere Bestimmungen über die Zeit, für welche die Rente gewissen alimentationsberechtigten Personen, z. B. den unversorgten Kindern des Getödteten, zu entrichten ist, wie solche in einzelnen Gesetzgebungswerken sich finden (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 101, 102, 105, 106, 108; hess. Entw. Art. 662 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 943 Abs. 1 und 2), sind im Hinblicke auf die prinzipielle Vorschrift des Entwurfes entbehrlich, überdies wegen der Kasuistik bedenklich. Nicht zu billigen ist insbesondere die Bestimmung, daß das Recht der ersatzberechtigten Wittwe des Getödteten mit ihrer anderweiten Verehelichung aufhört (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 § 107; Entsch. d. R. G. bei Gruchot XXVIII S. 917 ff.; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 4; hess. Entw. Art. 662 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 943 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 1008 Abs. 3 Satz 2). Diese Bestimmung ist jedenfalls für die Fälle nicht zu halten, in welchen die Wittwe durch die Wiederverehelichung einen realisirbaren Anspruch auf Unterhalt gegen den zweiten Ehemann nicht erlangt hat. Dazu kommt, daß die Vorschrift in engem Zusammenhange mit der Frage steht, inwiefern der Ersatzberechtigte sich den durch die Tödtung erlangten Vortheil auf die Ersatzsumme abziehen lassen muß. Da eine diese Frage entscheidende allgemeine Vorschrift in dem Entwurfe aufzunehmen als bedenklich

bei Wiederverheirathung der Wittwe.

erachtet ist (vergl. S. 784), so muß auch die hier in Rede stehende Bestimmung auf sich beruhen. Der Entwurf schließt sich insoweit dem Reichshaftpflichtgesetze an, welches ebenfalls über den Einfluß der Wiederverheirathung der Wittwe auf den Fortbezug der Rente schweigt. Dieses Schweigen hat allerdings zu einer Kontroverse Veranlassung gegeben, die jedoch vorwiegend, namentlich von dem Reichsoberhandelsgerichte und dem Reichsgerichte, in dem Sinne entschieden worden ist, daß die Wiederverheirathung der Wittwe als solche ohne Einfluß sei und nur insofern in Betracht komme, als in Folge derselben thatsächlich das Bedürfniß des Unterhaltes wegfalle oder sich mindere (Entsch. d. R. O. H. G. XXII, 83, XXIV, 96; Entsch. d. R. G. bei Fenner und Mecke I, 33; a. M. Seuffert XXXV, 129). Das Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 6 (vergl. auch Ges., betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, v. 5. Mai 1886 § 7; Ges., betr. die Unfallversicherung der Seeleute und anderer an der Seeschifffahrt betheiligter Personen, v. 13. Juli 1887 § 13) bestimmt, daß die Wittwe im Falle der Wiederverheirathung den dreifachen Betrag ihrer Jahresrente als Abfindung erhält.

Berücksichtigung der muthmaßl. Lebensdauer des Getödteten.

Nicht ohne Zweifel ist, ob bei Feststellung der Zeit, für welche die Rente zu entrichten, auf die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten Rücksicht zu nehmen ist. Die meisten neueren Gesetzgebungswerke haben, der gemeinrechtlichen Praxis folgend, die Bestimmung aufgenommen, daß der Ersatzanspruch über die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten nicht ausgedehnt werden dürfe (vergl. württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 13 Abs. 2; bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 3, 4; sächs. G. B. § 1492 Satz 2; hess. Entw. Art. 662 Abs. 2 Satz 3, bayr. Entw. Art. 943 Abs. 3, dresd. Entw. Art. 1008 Abs. 3 Satz 3). Dagegen ist dem preuß. A. L. R. eine solche Bestimmung fremd; doch hat auch in der Doktrin des preuß. Rechtes die Ansicht Vertretung gefunden, daß nach dem im § 108 I, 6 A. L. R. enthaltenen Prinzipe die nach preuß. Rechte dem Thäter an Stelle des Getödteten auferlegte Alimentationsverbindlichkeit sich nicht über die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten erstrecke. Das österr. G. B. § 1327, das schweiz. Bd. Ges. Art. 52 und das Reichshaftpflichtges. enthalten ebenfalls keine ausdrückliche Entscheidung der Frage; Doktrin und Praxis, namentlich auch die Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes, haben aber in Ansehung des Reichshaftpflichtgesetzes sich für die Ansicht ausgesprochen, daß über die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten hinaus Entschädigung nicht verlangt werden könne (Entsch. d. R. O. H. G. XIV, 128 S. 410, 411; Entsch. d. R. G. in Civils. V, 29, VII, 18; Urth. d. R. G. bei Seuffert XXXIX, 106). Das Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 6 gewährt dagegen den Hinterbliebenen des Getödteten die Rente ohne Rücksicht auf die muthmaßliche Lebensdauer desselben.

Bei der Entscheidung der vorliegenden Frage sind theils die rechtliche Natur des hier in Frage stehenden Anspruches, theils Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit in Betracht zu ziehen. Gegen die Bestimmung des § 724 Abs. 2, daß die Rente nicht auf längere Zeit zu entrichten ist, als der Getödtete muthmaßlich noch gelebt haben würde, kann geltend gemacht werden, daß die Tödtung zwischen dem Ersatzberechtigten und dem Thäter ein Schuldverhältniß

hervorrufe, kraft dessen der letztere dem ersteren an Stelle des Getödteten den Unterhalt zu gewähren habe. Das Schuldverhältniß bestehe bis zu dem Zeitpunkte, in welchem der Getödtete, wenn die rechtswidrige That nicht begangen worden wäre, gestorben sein würde. Diesen Zeitpunkt zu erweisen, liege dem Thäter ob. Da er aber nicht zu erweisen sei, vielmehr immer die Möglichkeit vorliege, daß der Getödtete länger oder eben so lange wie der Berechtigte gelebt haben würde, so müsse die Rente für die ganze Lebenszeit des Berechtigten gewährt werden. Nur für die selteneren und wegen ihrer Seltenheit keine Beachtung verdienenden Fälle, in welchen nach dem natürlichen Laufe der Dinge die volle Gewißheit bestehe, daß der Getödtete über einen gewissen Zeitpunkt hinaus nicht gelebt haben könne, sei eine Ausnahme gerechtfertigt. Dieser Standpunkt ist jedoch, juristisch betrachtet, nicht haltbar. Da ein Entschädigungsanspruch in Frage steht (vergl. S. 781), so hat in Gemäßheit des juristischen Wesens des letzteren der Ersatzberechtigte den Schaden und dessen Umfang darzuthun. Ihm liegt also auch ob, den Beweis zu führen, wie lange der Getödtete gelebt haben würde. Es kann sich daher nur fragen, ob und inwieweit Rücksichten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit in der hier fraglichen Hinsicht eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen erheischen. Dafür läßt sich anführen, daß es billiger sei, die Folgen der Ungewißheit, wie lange der Getödtete gelebt haben würde, dem Thäter, welcher sie durch die rechtswidrige That verschuldet habe, aufzuerlegen, statt sie dem Berechtigten aufzubürden. Nach der Vorschrift des Entwurfes werde die Dauer des Rentenrechtes von einer Mortalitätsberechnung abhängen, für deren Richtigkeit jede Gewähr fehlt. Sie führe auch zu dem wenig befriedigenden Ergebnisse, daß die Wittwe des Getödteten, wenn dieser — was die Regel bilde — weit älter gewesen sei als jene, die Rente in den vorgerückten Jahren, also gerade dann verliere, wenn sie dieselbe am wenigsten entbehren könne, obschon völlig ungewiß sei, ob nicht der Getödtete in der fraglichen Zeit noch gelebt haben und in der Lage gewesen sein würde, seiner Ehefrau den standesmäßigen Unterhalt zu gewähren. Diesen Gegengründen kann jedoch ein ausschlaggebendes Gewicht nicht beigemessen werden; sie sind nicht der Art zwingend, daß sie es zu rechtfertigen vermöchten, durch eine der Vorschrift des Entwurfes entgegenstehende Bestimmung den juristischen Karakter des Ersatzanspruches gänzlich zu verleugnen. Der Ersatzberechtigte wird genügend begünstigt, wenn für die ihm obliegende Beweisführung, wie dies der Abs. 2 thut, bloße Muthmaßungen für genügend erklärt werden. Die Vorschrift des Entwurfes, gerade weil die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten maßgebend sein soll, kann für keinen Theil eine Unbilligkeit hervorrufen. Dazu kommt, daß die ihr zu Grunde liegende Rechtsnorm in den meisten modernen Kodifikationen Anerkennung gefunden hat und nicht minder bei der Anwendung des Reichshaftpflichtgesetzes in der Praxis als sich von selbst verstehend bisher befolgt ist. Auf die entgegenstehenden Bestimmungen des Unfallversicherungsgesetzes kann ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, da es sich dort um einen auf positiver Vorschrift beruhenden Versicherungsanspruch gegen eine Genossenschaft handelt, bei dessen Regelung Rücksichten der Billigkeit und der praktischen Zweckmäßigkeit in erster Linie maßgebend sein konnten und mußten.

auch bei Kapitalabfindung.

Die Bestimmungen des Abs. 1, 2, daß bei Feststellung der Entschädigung auf die Zeit, während welcher der Unterhalt zu gewähren gewesen wäre, und insbesondere auf die muthmaßliche Lebensdauer des Getödteten Rücksicht zu nehmen sei, beziehen sich direkt nur auf den Regelfall, wenn die Entschädigung in einer Rente zugebilligt wird. Selbstverständlich sind jene Umstände aber, soweit thunlich, auch dann in Betracht zu ziehen, wenn das Gericht nach Maßgabe des letzten Absatzes des § 724 an Stelle der Zubilligung einer Rente eine Abfindung in Kapital bestimmt, da das Kapital ein Ersatz für dasjenige sein soll, was der Berechtigte nach der Regel in Form der Rente bekommen würde.

Anwendung von Vorschriften α. über Alimentenforderungen

Wie bereits mehrfach hervorgehoben wurde, ist der Anspruch auf die Rente keine Alimentenforderung, sondern, vom juristischen Standpunkte aus betrachtet, eine Forderung auf Schadensersatz wegen Verlustes einer Alimentenforderung. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würden daher die Vorschriften der §§ 296, 288, sowie die Vorschriften des § 749 Nr. 2 und des § 648 Nr. 6 der C. P. O. auf den hier fraglichen Rentenanspruch keine Anwendung finden (vergl. in Ansehung der auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes zuerkannten Renten Entsch. d. R. O. H. G. XXII, 74; Entsch. d. R. G. in Civils. I, 85 f., Seuffert XLII, 118). Der Rücksicht auf die ökonomische Bestimmung des hier fraglichen Anspruches entspricht es jedoch, denselben in den bezeichneten Richtungen wie eine auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Alimentenforderung zu behandeln und demgemäß die Uebertragbarkeit, Belastbarkeit und Pfändbarkeit desselben, sowie die Zulässigkeit einer Aufrechnung gegen denselben auszuschließen und in Ansehung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheiles, welches die Verpflichtung zur Entrichtung einer Rente ausspricht, die Vorschrift des § 648 Nr. 6 der C. P. O. für entsprechend anwendbar zu erklären (Abs. 3, 4; vergl. auch Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 68; Ges., betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, v. 5. Mai 1886 § 73; Ges., betreffend die Unfallversicherung der Seeleute und anderer an der Seeschifffahrt betheiligter Personen, v. 13. Juli 1887 § 76). Im Hinblicke auf die Vorschriften des § 296 Abs. 2 und der §§ 1022, 1207 braucht aber die Unzulässigkeit der Pfändung und der Belastung neben der Unübertragbarkeit hier nicht besonders ausgesprochen zu werden.

hinsichtl. der Uebertragung der Rente, Aufrechnung, Vollstreckbarkeit,

Eine besondere Bestimmung, daß der Ersatzberechtigte die Verurtheilung des Thäters zur Gewährung der Rente auch für die Zukunft verlangen kann, ist wegen des § 190 Abs. 2 entbehrlich.

β. über Leibrente,

Nach Abs. 7 sollen auf die Rente ferner die für die Leibrente gegebenen Vorschriften der §§ 660—662 entsprechende Anwendung finden. Diese Bestimmung steht mit der Vorschrift des § 663 im Einklange. Von besonderem Belange ist die Vorschrift des § 661 über die Verpflichtung, die Leibrente im Voraus zu entrichten. Da diese Vorschrift durch § 1491 Abs. 3 auch auf die gesetzliche Unterhaltspflicht ausgedehnt ist, so entspricht es dem Karakter des hier fraglichen Anspruches als eines Entschädigungsanspruches (vergl. § 219), jene Vorschrift auch auf die hier in Rede stehende Rente für entsprechend anwendbar zu erklären. Eine ausdrückliche Bestimmung ist in

Vorausentrichtung der Rente.

dieser Hinsicht um so mehr angezeigt, als es auf dem Gebiete des Reichshaftpflichtgesetzes streitig geworden ist, ob und inwieweit die Vorausleistung der Rente verlangt werden kann (vergl. Seuffert XXXV, 293, XL, 207; Entsch. d. R. O. H. G. XXIII, 77).

Anlangend das Recht des Ersatzberechtigten auf Sicherheitsleistung für die Gewährung der Rente, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß ein solches Recht unter gewissen Voraussetzungen beigelegt werden muß. Eine Analogie bietet in dieser Beziehung der § 133 des Entwurfes, andererseits die Vorschrift des Reichshaftpflichtges. § 7 Abs. 1. Der Entwurf (Abs. 5) hat dieser letzteren Vorschrift als der angemesseneren den Vorzug gegeben, um so mehr, als dadurch der Frage, ob der Anspruch auf die Rente als eine Mehrheit von bedingten Forderungsrechten oder als ein einheitliches Forderungsrecht mit Endtermin anzusehen ist — eine Frage, welche der Entwurf in Ansehung der Leibrente absichtlich ungelöst gelassen hat (s. S. 640, 641) —, nicht präjudizirt wird. Sicherheitsleistung.

Der § 7 des Reichshaftpflichtges. läßt eine Berichtigung des zur Entrichtung der Rente verurtheilenden Erkenntnisses zu, wenn die Verhältnisse, welche die Zuerkennung oder Höhe der Rente bedingt hatten bezw. für die Feststellung, Minderung oder Aufhebung der Rente maßgebend waren, inzwischen wesentlich geändert sind. Auch die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis hält eine solche Berichtigung für statthaft (vergl. Seuffert XIV, 235, Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsr. XIV S. 635), und in dem bad. Ges. v. 6. März 1845 § 16 ist sie ausdrücklich für zulässig erklärt (vergl. auch Unfallversicherungsges. § 65). Der Entwurf (Abs. 6) hat sich in dieser Beziehung dem Prinzipe des Reichshaftpflichtgesetzes angeschlossen. Dieses Prinzip ist vorzugsweise deshalb für sachgemäß zu erachten, um die Vorzüge des Rentensystemes vor dem der Kapitalabfindung in vollem Umfange zu erreichen. Zwar ist es, wie die Fassung des Abs. 6 Satz 1 erkennen läßt, dem Richter unbenommen, schon im ersten Erkenntnisse bei Feststellung der Rente zugleich auf eine mit Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit vorauszusehende künftige Aenderung der gegenwärtigen Verhältnisse, z. B. auf den größeren Bedarf eines Kindes bei zunehmendem Alter, Rücksicht zu nehmen (vergl. auch, soviel das Reichshaftpflichtgesetz betrifft, Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 18, Urth. d. R. G. bei Fenner u. Mecke I, 33); indessen ist die Berücksichtigung künftiger Aenderungen der Verhältnisse schon im ersten Urtheile in vielen Fällen unthunlich oder doch unzweckmäßig, und oft gestalten sich demnächst die Verhältnisse anders, als vorausgesetzt wurde. Für solche Fälle ist die Möglichkeit einer späteren Berichtigung des früheren Urtheiles eine Anforderung der Billigkeit und der Gerechtigkeit. Die Fassung des Abs. 6 des § 718 ergiebt zur Genüge, daß, wie das erste Urtheil, so auch jedes spätere wieder der Korrektur unterliegt. Aenderung der Verhältnisse: Berichtigung des Urtheiles;

Wenngleich der Entwurf sich im Prinzipe den Bestimmungen des Reichshaftpflichtgesetzes anschließt, so sind doch einige Verdeutlichungen bezw. Ergänzungen jener Vorschriften angezeigt. Das Reichshaftpflichtgesetz enthält keine ausdrückliche Entscheidung darüber, ob auch eine solche Aenderung der Verhältnisse zu berücksichtigen ist, welche sich zwar vor dem Zeitpunkte, in welchem sie hätte geltend gemacht werden müssen, zugetragen hat, dem Be- maßgebend Zeit der Aenderung der Verhältnisse.

rechtigten jedoch ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist. Das Reichsoberhandelsgericht hat sich für die Bejahung, das Reichsgericht für die Verneinung der Frage ausgesprochen (Entsch. d. R. O. H. G. XXV, 54 S. 220 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. V, 25; vergl. auch Seuffert XXXIX, 20). Es kann zweifelhaft sein, welche Auffassung vom legislativen Standpunkte den Vorzug verdient. Indessen erscheint es doch richtiger, um mit dem Grundsatze des § 686 Abs. 2 der C. P. O. im Einklange zu bleiben, sich für das strengere Prinzip zu entscheiden.

Aenderung der Rente

Bei Anwendung des Reichshaftpflichtgesetzes ist ferner streitig geworden, ob dasjenige Urtheil, welches die Aenderung der Rente ausspricht, deklaratorischer oder konstitutiver Natur ist, d. h. ob die Aenderung der Rente von selbst mit der Aenderung der maßgebenden Verhältnisse eintritt, wie dies nach preuß. Rechte in dem Falle des § 119 I, 6 A. L. R. geschieht (vergl. Entsch. d. R. G. bei Seuffert XXXV, 213), oder ob sie nur für die Zukunft gefordert werden kann. Die Praxis hat das letztere angenommen; doch betrachtet sie als den maßgebenden Zeitpunkt, von welchem an die Aenderung der Rente eintritt, nicht den der Rechtskraft des neuen Urtheiles, sondern den Zeitpunkt, in welchem die Klage auf Aenderung des früheren Urtheiles rechtshängig geworden ist (vergl. Entsch. d. R. O. H. G. XXIV, 96; Urth. d. R. G. bei Seuffert XXXV, 213; ferner über die rechtliche Natur des Rechtes auf Abänderung Entsch. d. R. G. in Civils. I, 117). Der Entwurf (Abs. 6 Satz 2) ist diesem von der Praxis bei Anwendung des Reichshaftpflichtgesetzes eingeschlagenen Wege gefolgt. Es mag dahingestellt bleiben, ob und inwieweit er nach den allgemeinen Grundsätzen zu billigen ist oder nicht. Praktische Rücksichten verbieten es jedenfalls, in der fraglichen Hinsicht die Zeit der Aenderung der Verhältnisse für maßgebend zu erklären. An eine solche Bestimmung würden sich wegen der Schwierigkeit der Ermittelung des entscheidenden Zeitpunktes erhebliche praktische Schwierigkeiten knüpfen. Man hat nur die Wahl, entweder den Zeitpunkt, in welchem das neue Urtheil erlassen bezw. rechtskräftig geworden, oder denjenigen, in welchem der neue Streit rechtshängig geworden ist, als entscheidend zu bezeichnen. Die Zeit der Erlassung oder der Rechtskraft des neuen Urtheiles würde gewählt werden müssen, wenn man dem letzteren lediglich einen konstitutiven Karakter beilegte. Indessen so weit zu gehen, gebietet weder ein innerer Grund noch die Billigkeit; die letztere erheischt umgekehrt, den Zeitpunkt, in welchem der neue Streit rechtshängig geworden ist, als den ausschlaggebenden zu betrachten. Das Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 65 Abs. 3 und 4 (vergl. auch Ges., betr. die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirthschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, v. 5. Mai 1886 § 70; Ges., betr. die Unfallversicherung der Seeleute und anderer an der Schifffahrt betheiligter Personen, v. 13. Juli 1887 § 73) bestimmt, daß für die Erhöhung der Rente der Zeitpunkt der Anmeldung des höheren Anspruches, für die Minderung oder Aufhebung der Rente dagegen der Zeitpunkt maßgebend sein soll, in welchem der dieselbe aussprechende Bescheid dem Entschädigungsberechtigten zugestellt worden ist; eine solche einseitige Begünstigung des Berechtigten kann jedoch vom Standpunkte des Privatrechtes aus nicht als gerechtfertigt erachtet werden.

von der Klageerhebung an.

Die Bestimmung des Abs. 6 Satz 3 über das Recht des Ersatzberechtigten, nachträglich Bestellung einer Sicherheit zu fordern, schließt sich ebenfalls dem Reichshaftpflichtges. § 7 Abs. 2 an. Daß, wenn in dem zur Entrichtung der Rente verurtheilenden Erkenntnisse auf Sicherheitsleistung erkannt war, unter der in Abs. 6 Satz 3 bezeichneten Voraussetzung auch eine Erhöhung der erkannten Sicherheit gefordert werden kann, entspricht den Gründen, auf welchen die Vorschrift des Abs. 6 Satz 1 beruht. Nachträgliche Sicherheitsleistung.

§ 725.

Die Aufnahme der Bestimmung des § 725 beruht auf der Erwägung, daß in Ermangelung einer solchen Bestimmung das Gesetz so verstanden werden könnte, als ob der Thäter dritten Personen gegenüber nur nach Maßgabe des § 722 Abs. 1 und der §§ 723, 724 zur Entschädigung verpflichtet, dagegen jeder sonstige Anspruch Dritter auf Schadensersatz ausgeschlossen sei. Dieses Verständniß liegt um so näher, als es einem nicht geringen Theile des geltenden Rechtes, insbesondere, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, dem gemeinen Rechte und dem preuß. A. L. R. entspricht (vergl. oben S. 766 f.). Ein solches Verständniß verträgt sich aber in keiner Weise mit dem Prinzipe des § 704. Ist durch die That in irgend einer Art zugleich ein Dritter beschädigt, so kann dieser nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 vollen Ersatz des erlittenen Schadens verlangen, sofern der Thäter den Schaden, wenn auch nicht nach dem Umfange, so doch der Existenz nach, hat voraussehen können. Bei dieser Konsequenz muß es nothwendig verbleiben, wenn nicht das Prinzip des § 704 preisgegeben werden soll. Sonstige Schadensersatzansprüche Dritter;

Unter die Bestimmung des § 725 fallen z. B. die Schadensersatzansprüche des Versicherers, bei welchem das Leben des Getödteten versichert war, des Rentengläubigers, wenn derjenige getödtet worden ist, auf dessen Lebensdauer die Rente gestellt war, des Alimentationspflichtigen, welcher für den tödtlich Verletzten die Kurkosten bestreiten mußte, sowie desjenigen, welcher auf Grund eines Rechtsgeschäftes dem Getödteten gegenüber alimentationsberechtigt war, wenn und soweit in Folge der Tödtung der Unterhaltsanspruch erloschen ist (vergl. S. 775, 779), ferner die Ansprüche des Ehemannes, des Vaters und der Mutter des Getödteten auf Ersatz desjenigen Schadens, welchen sie durch das Erlöschen der ihnen kraft des Gesetzes gegenüber dem Getödteten zustehenden Familienrechte erlitten haben, z. B. wenn denselben in Folge der Tödtung die gesetzliche Nutznießung am Vermögen des Getödteten oder ein gesetzliches Recht auf Dienste desselben (vergl. §§ 1275, 1283, 1499, 1502 Nr. 2) entzogen ist. Es kann zweifelhaft sein, ob es sich nicht empfehlen würde, zu Gunsten der zuletzt gedachten Angehörigen des Getödteten noch weiter zu gehen und zu bestimmen, daß der Thäter ihnen den vorstehend bezeichneten Schaden auch dann zu ersetzen habe, wenn er denselben nicht voraussehen konnte. Für eine solche Ausnahme von dem Prinzipe des § 704 Abs. 1 spricht insofern eine gewisse Konsequenz, als eine gleiche Ausnahme nach § 723 Abs. 2 auch zu Gunsten der Alimentationsberechtigten bestimmt ist; indessen ist sie andererseits für jene Personen weit weniger ein einzelne Fälle.

Bedürfniß, auch im geltenden Rechte, insbesondere — wenigstens nach der herrschenden Ansicht — im gemeinen und im preuß. Rechte, nicht begründet (Entsch. d. R. G. in Civils. III, 86) und als Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen sowie im Interesse der Einfachheit des Gesetzes nicht rathsam.

§ 726.

Körperverletzung. Schadensersatz: a) Voraussetzungen,

Die Voraussetzungen, von welchen der § 726 die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Anderen abhängig macht, entsprechen dem § 704 Abs. 2 und schließen sich, soviel die Fassung, insbesondere die Hervorhebung des Erfordernisses des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit neben der Widerrechtlichkeit der Handlung betrifft, dem von der Tödtung handelnden § 722 an. Sachlich stimmt der § 726 in Ansehung der Voraussetzungen auch mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen überein (vergl. l. 7 pr., l. 13 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2; bayr. L. R. IV, 16 § 6 Nr. 4; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 111, 116—118; österr. G. B. § 1325 verb. mit §§ 1294, 1295; code civil Art. 1382, 1383; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 14; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 11; sächs. G. B. §§ 1483, 1489; schweiz. Bd. Ges. Art. 50, 53, 54; hess. Entw. Art. 663 verb. mit I Art. 206, bayr. Entw. Art. 946 verb. mit Art. 52, dresd. Entw. Art. 1009 verb. mit Art. 211, 212). Einzelne Gesetzgebungswerke enthalten jedoch noch besondere Bestimmungen über den Fall des Zusammentreffens von Verletzungen durch verschiedene Personen (bayr. Entw. Art. 946 Abs. 2), bezw. über die Körperverletzung im Raufhandel (bad. Ges. v. 6. März 1845 § 9) oder über die Frage, inwiefern der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen ist, wenn die Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten oder im Zweikampfe erfolgte oder ein Verschulden des Verletzten konkurrirte (vergl. württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 14 Abs. 3; bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 13, 15; hess. Entw. Art. 665, bayr. Entw. Art. 59 Abs. 2). Die Gründe, aus welchen der Entwurf in allen diesen Beziehungen besonderer Bestimmungen sich enthalten hat, sind dieselben, wie diejenigen, welche den Entwurf bestimmt haben, auch bei dem Delikte der Tödtung nach diesen Richtungen hin besondere Vorschriften nicht aufzunehmen. Es kann daher insoweit auf die Motive zu den §§ 722—725 S. 769—772 Bezug genommen werden. Auch wegen des Einflusses der Nothwehr und des Nothstandes wird auf die dortigen Bemerkungen (S. 770) verwiesen.

b) Umfang unabhängig vom Grade der Schuld.

Anlangend die an die Körperverletzung sich knüpfenden Rechtsfolgen, so unterscheidet das preuß. A. L. R., wie bei der Tödtung, so auch hier, je nachdem die Verletzung aus Vorsatz oder grobem Versehen oder aus mäßigem Versehen oder aus geringem Versehen erfolgt ist (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 111, 116—118). Der Entwurf hat eine solche Unterscheidung im Einklange mit dem gemeinen Rechte und den übrigen neueren Kodifikationen aus denselben Gründen abgelehnt, aus welchen er auch bei dem Delikte der Tödtung eine solche Unterscheidung nicht gemacht hat (vergl. zu §§ 722—725 oben S. 771). Im Uebrigen ist in Ansehung der Rechtsfolgen zu den Bestimmungen des § 726 im Einzelnen Folgendes zu bemerken: Die im § 726

Abs. 1 Satz 1 bestimmte Verpflichtung des Thäters, dem Verletzten die Kosten der Heilung zu ersetzen, ist eine Konsequenz des im § 704 Abs. 2 ausgesprochenen Prinzipes und im geltenden Rechte begründet (l. 13 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 verb. mit l. 7 pr. D. eod.; l. 3 D. si quadrup. 9, 1; l. 7 D. de his, qui effud. 9, 3; bayr. L. R. IV, 16 § 6 Nr. 4; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 111, 118; österr. G. B. § 1325; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 14 Abs. 4; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 11; sächs. G. B. § 1489; schweiz. Bd. Ges. Art. 53; hess. Entw. Art. 663, bayr. Entw. Art. 946, dresd. Entw. Art. 1009; vergl. auch Reichshaftpflichtges. v. 7. Juni 1871 § 3 Nr. 2; Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 5). Eine Besonderheit ist nur, daß der Abs. 1 Satz 1 den Thäter außerdem für verpflichtet erklärt, die Kosten der Heilung vorzuschießen. Die Angemessenheit dieser Bestimmung leuchtet ein im Hinblicke auf die nicht seltenen Fälle, in welchen der Verletzte ohne einen solchen Vorschuß die zu seiner Wiederherstellung erforderlichen Maßregeln nicht vorzukehren vermag.

α. Heilungskosten, Vorschuß.

Im Einklange mit dem geltenden Rechte und den neueren Entwürfen legt der Abs. 1 Satz 2 dem Thäter weiter die Verpflichtung auf, den Vermögensnachtheil auszugleichen, welchen der Verletzte dadurch erlitten hat und für die Zukunft noch erleidet, daß in Folge der Verletzung seine Erwerbsfähigkeit zeitweise oder dauernd aufgehoben oder vermindert ist (vergl. l. 13 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 verb. mit l. 7 pr. D. eod., l. 3 D. si quadrup. 9, 1 l. 7 D. de his, qui effud. 9, 3; bayr. L. R. IV, 16 § 6 Nr. 4; preuß. A. L. R. I, 6 §§ 115—117, 119—122; österr. G. B. § 1325; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 14 Abs. 4; bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 11, 12; sächs. G. B. § 1489; schweiz. Bd. Ges. Art. 53; hess. Entw. Art. 664 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 946 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 1009; vergl. auch Reichshaftpflichtges. § 3 Nr. 2; Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 § 5). Auch diese Verpflichtung des Thäters ist eine Konsequenz des im § 704 Abs. 2 anerkannten Prinzipes in Verbindung mit der Bestimmung des § 218, nicht minder die im Abs. 1 Satz 2 hervorgehobene weitere Verpflichtung des Thäters, dem Verletzten auch insoweit Schadensersatz zu leisten, als in Folge der Verletzung die Bedürfnisse des letzteren vermehrt worden sind (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 § 122; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 11; bayr. Entw. Art. 946 Abs. 1 — „Kur- und Verpflegungskosten" —; schweiz. Bd. Ges. Art. 53 — Ersatz der „Kosten"). Die Einbeziehung des letzteren Falles in diesen Zusammenhang empfiehlt sich namentlich um deswillen, weil die Entschädigung durch Zubilligung einer Rente sich auch für diesen Fall besonders eignet (vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. III, 2).

β. Ersatz für Aufhebung ꝛc. der Erwerbsfähigkeit, für Vermehrung der Bedürfnisse;

Nach Abs. 1 Satz 2, 3 ist der Schadensersatz wegen aufgehobener oder verminderter Erwerbsfähigkeit und wegen Vermehrung der Bedürfnisse regelmäßig in der Art zu bewirken, daß der Verpflichtete dem Berechtigten für die Zeit, während welcher die Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder vermindert ist, oder die Bedürfnisse vermehrt sind, eine Geldrente zu entrichten hat. Nur unter besonderen Umständen kann das Gericht an Stelle der Zubilligung einer Rente eine Abfindung in Kapital bestimmen (Abs. 1 Satz 3 verb. mit § 724 Abs. 8). Dies dem Reichshaftpflichtges. § 7 (vergl. auch Unfall-

Rentensystem, ev. Kapitalabfindung.

versicherungsgeſ. v. 6. Juli 1884 § 5) ſich anſchließende Syſtem empfiehlt ſich aus den gleichen Gründen, aus welchen daſſelbe im Tödtungsfalle für die Entſchädigung der Alimentationsberechtigten im § 724 Anerkennung gefunden hat. Die Annahme des Rentenſyſtemes muß aber weiter dahin führen, auch die Vorſchriften des § 724 Abſ. 5—7 auf den hier in Rede ſtehenden Fall für entſprechend anwendbar zu erklären (vergl. zu § 724). Dagegen ſind

Rechtl. Natur des Anſpruches.

die Vorſchriften des § 724 Abſ. 3, 4 zu einer entſprechenden Anwendung nicht geeignet, da der hier fragliche Schadensersatzanſpruch nicht an die Stelle eines in Folge der Verletzung erloſchenen Unterhaltsanſpruches tritt und deshalb auch in ökonomiſcher Beziehung einem ſolchen nicht gleichgeſtellt werden darf. Daß die Verurtheilung zur Entrichtung der erſt künftig fällig werdenden Beiträge auch im vorliegenden Falle zuläſſig iſt, ergiebt ſich zur Genüge aus dem § 190 Abſ. 2.

Abzug erlangter Vortheile,

Ueber die Frage, ob und inwieweit bei Beſtimmung des Umfanges der Entſchädigung wegen aufgehobener oder verminderter Erwerbsfähigkeit und wegen Vermehrung der Bedürfniſſe des Verletzten ſolche Vortheile in Abzug zu bringen ſind, welche dem Verletzten in Folge der Verletzung zukommen, z. B. Verſicherungsſummen aus einer Unfallverſicherung, Penſionen, ſind die Motive zu § 723 oben S. 783 f. zu vergleichen.

Unterhaltspflicht Dritter.

Daß der Anſpruch auf Entſchädigung dadurch nicht ausgeſchloſſen oder gemindert wird, daß ein Anderer den Verletzten zu unterhalten verpflichtet iſt (vergl. Seuffert XXXVII, 116), entſpricht der Vorſchrift des § 723 Abſ. 2.

γ. Erſatz jedes weiteren vermögensrechtlichen Schadens.

Die meiſten neueren Geſetzgebungswerke beſchränken ſich auf die Beſtimmung, daß im Falle der Körperverletzung der Thäter verpflichtet iſt, dem Verletzten die Koſten der Heilung und denjenigen Schaden zu erſetzen, welchen er dadurch erleidet, daß in Folge der Verletzung ſeine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder vermindert iſt. Daneben enthalten einige derſelben noch beſondere Vorſchriften über die Verpflichtung des Thäters zur Zahlung eines Schmerzensgeldes und zur Entſchädigung wegen Verunſtaltung des Verletzten. Dagegen ſchweigen ſie darüber, ob der Thäter nach Maßgabe der allgemeinen Beſtimmungen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen, ſei es dem Verletzten ſelbſt, ſei es dritten durch die Verletzung beſchädigten Perſonen, auch noch zu einer anderweiten Entſchädigung verpflichtet iſt (vergl. jedoch bad. Geſ. v. 6. März 1845 § 6). Nach dem code civil ſind im Falle der Körperverletzung lediglich die allgemeinen Beſtimmungen der Art. 1382 ff. maßgebend. Gemeinrechtlich iſt es beſtritten, ob die Erſatzpflicht des Thäters dem Verletzten gegenüber ſich auf den Erſatz der Heilungskoſten und des entgangenen Arbeitsverdienſtes beſchränkt oder ob der Verletzte Erſatz ſeines Intereſſes auch darüber hinaus verlangen kann (vergl. Seuffert XXXI Nr. 36 S. 44, Nr. 230). Auch darüber gehen die Anſichten auseinander, ob und inwieweit — abgeſehen von dem beſonderen Falle der l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 — dritte Perſonen, welche durch die einem Anderen zugefügte Körperverletzung beſchädigt worden ſind, von dem Thäter Schadensersatz nach den Grundſätzen der actio legis Aquiliae verlangen können, eine Frage, die jedoch von der herrſchenden Meinung verneint wird (Entſch. d. R. G. in Civilſ. VII, 44; Motive zu den §§ 722—725 S. 766 f.). Vom Standpunkte des Entwurfes aus kann es nicht

zweifelhaft sein, daß den Thäter in Gemäßheit des § 704 nothwendig eine viel weitergehende Verpflichtung treffen muß, als diejenige, welche im Abs. 1 bestimmt ist; aus dem Prinzipe des § 704 folgt, daß der Thäter verpflichtet ist, dem Verletzten jeden aus der Verletzung entsprungenen vermögensrechtlichen Schaden zu ersetzen, auch wenn dieser nicht vorauszusehen war, ferner, daß er verpflichtet ist, auch einem Dritten den aus der Verletzung entstandenen vermögensrechtlichen Schaden insofern zu vergüten, als dieser vorausgesehen werden konnte. Um in dieser Beziehung Mißverständnissen zu begegnen, welche das Schweigen des Gesetzes, namentlich im Hinblicke auf den entgegengesetzten Standpunkt der meisten neueren Kodifikationen, hervorrufen könnte, ist es als nöthig erachtet, jene weitergehende Verpflichtung des Thäters im Abs. 2 besonders hervorzuheben. *Ansprüche Dritter.*

Ein Bedürfniß, in Anlehnung an die l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 und nach Analogie der im § 723 Abs. 2 für den Tödtungsfall zu Gunsten der Alimentationsberechtigten gegebenen Vorschrift, aber in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes gewissen Angehörigen des Verletzten, insbesondere dem Ehemanne, dem Vater und der Mutter desselben, einen Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, welchen sie durch die in Folge der Verletzung eingetretene Beeinträchtigung der ihnen kraft des Gesetzes zustehenden Familienrechte erlitten haben, ohne Rücksicht darauf zu gewähren, ob der Thäter den Schaden voraussehen konnte oder nicht, kann hier noch weniger anerkannt werden, als in dem Tödtungsfalle (vergl. zu § 725 oben S. 791 f.), da der Verletzte in der ihm gebührenden Entschädigung zugleich die Mittel empfängt, um dem benachtheiligten Dritten gerecht zu werden, z. B. wenn ein Kind beschädigt und arbeitsunfähig geworden ist, dessen Arbeitskraft der Vater kraft seiner väterlichen Rechte benutzt hatte. Inwiefern der Verletzte auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens Entschädigung verlangen kann, insbesondere auch wegen der erlittenen Schmerzen oder wegen einer Verunstaltung, richtet sich nach dem § 728.

Daß der Verletzte durch einen Verzicht auf alle Entschädigungsansprüche oder durch einen dieserhalb mit dem Thäter geschlossenen Vergleich nicht den nach § 704 Abs. 1 begründeten Entschädigungsansprüchen Dritter präjudiziren kann, ist als selbstverständlich erachtet (vergl. zu §§ 722—725 oben S. 773). *Verzicht des Verletzten.*

§ 727.

Dem röm. und dem gemeinen Rechte ist ein besonderes Delikt der Freiheitsberaubung unbekannt. Dieselbe erzeugt einen Anspruch auf Schadensersatz nur insoweit, als sie den Thatbestand eines anderen Deliktes (actio injuriarum, actio doli, actio quod metus causa) ausmacht. Auch der code civil und das schweiz. Bd. Ges. haben das Delikt der Freiheitsberaubung nicht besonders geregelt; es sind in dieser Hinsicht vielmehr die allgemeinen Vorschriften über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen maßgebend (vergl. code civil Art. 1382 ff.; schweiz. Bd. Ges. Art. 50, 51, 55). Dagegen haben die meisten neueren Gesetzgebungen besondere Bestimmungen über die zivilrechtlichen Folgen einer widerrechtlichen Entziehung der Freiheit aufgenommen, indem sie *Freiheitsentziehung. Geltendes Recht.*

den Thäter ausdrücklich für verpflichtet erklären, dem Verletzten den in Folge der Entziehung der Freiheit verursachten Schaden zu ersetzen, und daneben vorschreiben, inwiefern der Thäter verpflichtet ist, dritten Personen, welche gegen den seiner Freiheit Beraubten ein Recht auf Unterhalt haben, Schadensersatz wegen Entziehung des Unterhaltes zu leisten (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 132—136; österr. G. B. § 1329; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 6; sächs. G. B. §§ 1497, 1498; hess. Entw. Art. 666—668, bayr. Entw. Art. 945 verb. mit Art. 941—943, dresd. Entw. Art. 1011, 1012; ferner, soviel die Verpflichtung des Thäters zur Entschädigung des Verletzten betrifft, württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 16, 18; braunschw. Ges. v. 4. Juli 1851, betr. das R. Ges. v. 27. Dezember 1848, § 2 Nr. 2). Außerdem findet sich im Anschlusse an das gemeine sächs. Recht im sächs. G. B. § 1497 noch eine besondere Bestimmung über die sog. Sachsenbuße.

Entwurf:

Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen.

Aus den allgemeinen Bestimmungen des Entwurfes ergiebt sich bereits, daß die widerrechtliche Entziehung der Freiheit (vergl. §§ 234—237, 239, 341, 345 des Str. G. B.) die Verpflichtung zum Schadensersatze nach sich zieht, und zwar demjenigen gegenüber, welchem die Freiheit entzogen ist, nach Maßgabe des § 704 Abs. 2, einem Dritten gegenüber nach Maßgabe des § 704 Abs. 1. Nach § 704 Abs. 2 ist die Verpflichtung zum Schadensersatze demjenigen gegenüber, welchem die Freiheit entzogen ist, stets auch dann begründet, wenn die widerrechtliche Freiheitsentziehung nur auf einer Fahrlässigkeit beruht, während Dritte insoweit, als nur die vorsätzliche Freiheitsentziehung eine durch die Rechtsordnung verbotene Handlung ist (vergl. einerseits §§ 234—237, 239, 341, andererseits § 345 des Str. G. B.), auch nur im Falle einer vorsätzlichen Freiheitsentziehung Schadensersatz zu fordern berechtigt sind, da unter jener Voraussetzung das vorsätzliche Handeln zum Thatbestande der widerrechtlichen Handlung im Sinne des § 704 Abs. 1 gehört. Wegen dieser allgemeinen Bestimmungen ist eine besondere, die Verpflichtung des Thäters zum Schadensersatze aussprechende Bestimmung, im Hinblicke auf den § 219 insbesondere auch die in verschiedenen neueren Gesetzgebungen sich findende Vorschrift, daß der Thäter dem Beschädigten die Freiheit wieder zu verschaffen und die dazu erforderlichen Kosten zu tragen hat (vergl. österr. G. B. § 1329; sächs. G. B. § 1497; dresd. Entw. Art. 1011; auch preuß. A. L. R. I, 6 § 135; hess. Entw. Art. 667 Abs. 2; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 16), entbehrlich. Da jedoch in einigen anderen Beziehungen, nämlich in Betreff des Schadensersatzanspruches solcher Personen, welche dem der Freiheit Beraubten gegenüber alimentationsberechtigt sind (Abs. 1), sowie in Betreff der Verpflichtung des Thäters zum Ersatze eines anderen als eines Vermögensschadens (§ 728), von der Aufnahme besonderer Rechtsnormen nicht völlig abgesehen werden kann, so empfiehlt es sich theils des Zusammenhanges wegen, theils zur Vermeidung von Mißverständnissen, wenigstens darauf hinzuweisen, daß im Uebrigen die Verpflichtungen des Thäters zum Schadensersatze sich nach den Vorschriften des § 704 bestimmen (Abs. 2).

Entschädigung Alimentationsberechtigter

Anlangend die Verpflichtung des Thäters zum Schadensersatze solchen Personen gegenüber, welche gegen den der Freiheit Beraubten ein Recht auf Unterhalt haben, so bestimmen die meisten neueren Gesetzgebungswerke, daß

der Thäter, wenn er dem Verletzten die Freiheit nicht wiederverschaffen kann, jene Personen in derselben Weise zu entschädigen hat, wie im Falle der Tödtung (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 § 136; österr. G. B. § 1329; sächs. G. B. § 1498; hess. Entw. Art. 668, bayr. Entw. Art. 945; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 6; dresd. Entw. Art. 1012). Einige derselben (bad. Ges., dresd. Entw.) berücksichtigen jedoch auch den Fall, wenn der Verletzte die Freiheit wieder erlangt hat, indem sie vorschreiben, daß in diesem Falle den Alimentationsberechtigten für die Zeit, während welcher die Freiheit entzogen war, Schadensersatz wegen des ihnen entgangenen Unterhaltes zu leisten sei.

Nach der Auffassung des Entwurfes gehen die angeführten Bestimmungen, wenigstens in ihrer Fassung, zu weit. Wird der der Freiheit Beraubte vollständig entschädigt, so kann von einer besonderen Entschädigung der Alimentationsberechtigten keine Rede sein, weil der erstere durch die ihm gebührende Entschädigung zugleich die Mittel erlangt, der Alimentationspflicht zu genügen. Insbesondere können die Alimentationsberechtigten im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Schadensersatzanspruche des Verletzten Befriedigung wegen ihres Unterhaltsanspruches suchen. Anders gestaltet sich aber die Beurtheilung, wenn die Freiheitsentziehung nicht allein längere Zeit fortdauert, sondern auch die Alimentationsberechtigten außer Stand setzt, ihre Alimentationsrechte im Inlande mit Erfolg geltend zu machen. Dieser Fall ist ähnlich zu beurtheilen, wie der Fall der Tödtung. Dem Alimentationsberechtigten muß das Recht beigelegt werden, nach Maßgabe der §§ 723, 724 wegen der betreffenden Alimentationsansprüche so, als wenn diese in Folge der That erloschen wären, Entschädigung zu fordern (vergl. § 1487 Abs. 2). Man darf nicht einwenden, daß es nicht nöthig sei, in dieser Hinsicht durch eine besondere Bestimmung vorzusehen, da es sich um nur seltene Fälle handele und, wenn solche vorkommen sollten, die prinzipielle Vorschrift des § 704 Abs. 1 über die Entschädigungsberechtigung Dritter genüge. Die Anwendbarkeit der auf den Tödtungsfall sich beziehenden Vorschriften ist von nicht geringem Belange, einmal wegen des Rentensystemes (§ 724), sodann wegen der Haftung des Thäters auch für die nicht voraussehbaren Folgen der That (§ 723 Abs. 2). Außerdem würden nach der allgemeinen Bestimmung des § 704 Abs. 1 die Alimentationsberechtigten, wie bemerkt, in vielen Fällen nur dann Schadensersatz zu fordern berechtigt sein, wenn dem Alimentationsverpflichteten aus Vorsatz, nicht auch dann, wenn demselben aus Fahrlässigkeit die Freiheit entzogen ist. Sollten ferner die fraglichen Fälle auch nur selten sein, so ist es doch vom legislativen Standpunkte nicht zu billigen, wegen ihrer Seltenheit — in Abweichung von den meisten modernen Kodifikationen — sich der angemessenen Regelung derselben zu enthalten.

Bei Nichtverfolgbarkeit ihrer Rechte im Inlande.

Im Einzelnen schließt sich die Regelung des Entwurfes im Abs. 1 den auf den Tödtungsfall sich beziehenden Vorschriften der §§ 723, 724 an. Dies gilt namentlich auch von der Bestimmung des Kreises derjenigen alimentationsberechtigten Personen, auf welche die besondere Vorschrift des Abs. 1 Anwendung finden soll. Ein Grund, mit dem preuß. A. L. R. I, 6 § 136 den Kreis jener Personen hier auf die Frau und die Kinder des der Freiheit Beraubten zu beschränken (vergl. auch österr. G. B. § 1329) oder

Entschädigungsberechtigte Personen.

andererseits denselben auf solche Personen auszudehnen, welche auf Grund eines Rechtsgeschäftes alimentationsberechtigt sind (vergl. hess. Entw. Art. 368, bayr. Entw. Art. 945 verb. mit Art. 941; sächs. G. B. § 1498), liegt nicht vor (übereinstimmend dresd. Entw. Art. 1012; vergl. auch bad. Ges. v. 6. März 1845 § 6). In einer Hinsicht kann jedoch, soviel den Kreis der entschädigungsberechtigten Personen betrifft, der § 723 Abs. 1 nicht schlechthin zum Vorbilde dienen. Der § 723 Abs. 1 setzt voraus, daß der Dritte zu dem Getödteten bereits zur Zeit der Beibringung der tödtlichen Verletzung in einem Rechtsverhältnisse stand, durch welches gegen den Getödteten ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt bereits entstanden war oder zur Entstehung gelangen konnte. Eine Ausnahme ist jedoch zu Gunsten desjenigen gemacht, welcher zu der angegebenen Zeit noch nicht geboren, aber bereits empfangen war. Jene Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß im Falle der Tödtung die rechtswidrige Handlung des Thäters mit der Beibringung der tödtlichen Verletzung ihren Abschluß gefunden hat, der Thäter deshalb durch seine Handlung nicht in den Rechtskreis solcher Personen eingreift, welche erst nach diesem Zeitpunkte ein Recht auf Unterhalt gegen den Verletzten erlangt haben. Anders liegt die Sache dagegen hier. So lange die Entziehung der Freiheit durch den Thäter fortdauert, dauert auch die rechtswidrige Handlung desselben fort. Hier muß deshalb nicht nur derjenige entschädigungsberechtigt sein, welcher bei Beginn der Freiheitsentziehung bereits ein Recht auf den Unterhalt hat, sondern jeder, welcher während der Entziehung der Freiheit zu dem Verletzten in einem Rechtsverhältnisse steht, durch welches gegen denselben ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt entstanden ist, da er durch das fortdauernde Delikt der Freiheitsentziehung auch dann als beschädigt erscheint, wenn das Rechtsverhältniß erst nach Beginn derselben begründet sein sollte.

Rückgriff des Thäters auf den Alimentationspflichtigen.

Hat der Thäter den alimentationsberechtigten Personen nach Maßgabe des Abs. 1 Schadensersatz geleistet, so kann die Frage entstehen, ob derselbe von dem der Freiheit Beraubten insoweit Ersatz fordern kann, als diesem die ihm sonst obliegende Leistung des Unterhaltes dadurch erspart worden ist. Es ist jedoch nicht rathsam und auch durch ein Bedürfniß nicht geboten, diese Frage im Gesetze besonders zu entscheiden. Findet der Alimentationspflichtige nach Wiedererlangung der Freiheit sich nicht veranlaßt, seinerseits einen Entschädigungsanspruch zu erheben, so kann es nicht als gerechtfertigt erachtet werden, für diesen Fall dem Thäter, welcher den Alimentationsberechtigten entschädigt hat, gegen den Alimentationspflichtigen einen Anspruch auf Ersatz des Ersparten zuzugestehen, sofern ein solcher Anspruch sich nicht schon aus den allgemeinen Grundsätzen ergiebt. Macht aber der Alimentationspflichtige seinerseits einen Entschädigungsanspruch geltend und will der Thäter das dem Alimentationspflichtigen Ersparte abrechnen, so handelt es sich um die Entscheidung der allgemeinen, von dem Entwurfe absichtlich offen gelassenen Frage, inwiefern bei Berechnung des aus einer unerlaubten Handlung erwachsenen Schadens der durch die That erlangte Vortheil abzurechnen ist (vergl. zu § 723 oben S. 783). Indem das Gesetz in Ansehung beider Fälle sich schweigend verhält, überläßt dasselbe ihre Beurtheilung der Wissenschaft und Praxis an der Hand der allgemeinen Grundsätze.

Anlangend die Frage, welchen Einfluß es auf die Entschädigungsansprüche dritter, insbesondere der im Abs. 1 bezeichneten Personen hat, wenn die Freiheitsentziehung mit Einwilligung des Verletzten erfolgt ist oder ein Verschulden desselben konkurrirt, so sind für die Entscheidung dieser Frage dieselben Gesichtspunkte maßgebend, wie im Falle der Tödtung und Körperverletzung (vergl. zu §§ 722—725 oben S. 770 ff.). Wie im Falle der Körperverletzung (oben S. 771), kommt aber auch hier zugleich die strafrechtliche Frage in Betracht, ob die Widerrechtlichkeit der Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 des Str. G. B. durch die Einwilligung des Verletzten ausgeschlossen wird. Einwilligung, Verschulden des Verletzten.

Daß ein Verzicht des der Freiheit Beraubten auf alle Entschädigungsansprüche oder ein mit dem Thäter dieserhalb von ihm geschlossener Vergleich den Entschädigungsansprüchen Dritter nicht präjudizirt, ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen (vergl. zu §§ 722—725 oben S. 773). Verzicht ꝛc.

Für den Fall der Entführung (§§ 236, 237 des Str. G. B.) sind besondere Bestimmungen nicht erforderlich (vergl. österr. G. B. § 1329, hess. Entw. Art. 667). Soweit darin eine widerrechtliche Entziehung der Freiheit liegt, sind die besonderen Bestimmungen des § 727, im Uebrigen die allgemeinen Bestimmungen des § 704 anwendbar. Hat insbesondere Jemand eine minderjährige unverehelichte Frauensperson mit ihrem Willen, jedoch ohne Einwilligung ihrer Eltern oder ihres Vormundes, entführt, so kann die Entführte trotz ihrer Einwilligung nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 von dem Thäter Ersatz des ihr durch die Entführung etwa verursachten Vermögensschadens fordern, da trotz ihrer Einwilligung die Handlung des Entführers eine widerrechtliche ist (§ 237 des Str. G. B.) und ihre Einwilligung auch die zivilrechtrechtlichen Folgen der That nicht auszuschließen vermag, indem die im § 706 gedachte Einwilligung des Beschädigten den Karakter eines einseitigen Rechtsgeschäftes hat, ein solches aber, wenn es ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters von einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person vorgenommen wurde, nach § 64 Abs. 3 nichtig ist. Entführung.

§ 728.

Die Bestimmung des Abs. 1, daß in den Fällen der Körperverletzung und der Freiheitsentziehung (§ 726, § 722 Abs. 3, § 727) von dem Gerichte dem Verletzten oder demjenigen, welchem die Freiheit entzogen ist, auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens nach seinem Ermessen eine billige Geldentschädigung zugesprochen werden kann, enthält eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 221 und ist gegenüber dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungswerken (preuß. A. L. R.; österr. G. B.; württemb. Ges. v. 5. September 1839; bad. Ges. v. 6. März 1845; sächs. G. B.; hess. Entw., bayr. Entw., dresd. Entw.) eine Neuerung. Dagegen hat sie einen Vorgang in der franz. Doktrin und Praxis (vergl. jedoch Entsch. d. R. G. in Civils. VII, 84) und in dem schweiz. Bd. Ges. Art. 54, 55. Einen Anhaltspunkt für die Bestimmung des Entwurfes gewähren ferner der in der gemeinrechtlichen Praxis (Entsch. d. R. G. in Civils. VIII, 29), im österr. G. B. § 1325, im sächs. G. B. § 1489 und — für Personen vom Bauern- Ersatz nicht vermögensrechtlichen Schadens. Geltendes Recht.

oder gemeinen Bürgerstande — auch im preuß. A. L. R. I, 6 §§ 112—114 anerkannte Anspruch des Verletzten auf sog. Schmerzensgelder. Vergl. jedoch andererseits gegen diesen Anspruch württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 14, bad. L. R. Satz 1382 ff. verb. mit dem bad. Ges. v. 6. März 1845 §§ 11—14, hess. Entw. Art. 663, bayr. Entw. Art. 946, 947 verb. mit den bayr. Motiven S. 287, dresd. Entw. Art. 1009 Abs. 2 — letzterer unter Vorbehalt der Landesgesetze —, sowie die Bestimmungen des gemeinen sächs. Rechtes und des sächs. G. B. § 1497 über die sog. Sachsenbuße im Falle widerrechtlicher Freiheitsentziehung. Außerdem kommt die aus der gemeinrechtlichen Praxis in die meisten modernen Gesetzgebungen übergegangene Bestimmung in Betracht, daß, wenn eine Körperverletzung eine Verunstaltung (Verstümmelung, Entstellung) zur Folge hat, welche geeignet ist, dem Verletzten die Aussicht auf ein besseres Fortkommen oder auf eine Versorgung — bei Frauenspersonen namentlich auf eine Heirath — zu entziehen oder zu schmälern, der Thäter dem Verletzten auch hierfür eine angemessene Enschädigung zu leisten verpflichtet ist (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 123—128; österr. G. B. § 1326; württemb. Ges. v. 5. September 1839 Art. 14 Abs. 2; bad. Ges. v. 6. März 1845 § 14; schweiz. Bd. Ges. Art. 53 Abs. 2; hess. Entw. Art. 664 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 947, dresd. Entw. Art. 1010). Zwar handelt es sich in diesem letzteren Falle an sich um den Ersatz eines Vermögensschadens (vergl. S. 751). Da indessen der Vermögensschaden als solcher hier nicht immer klar hervortritt, so führt jene Bestimmung im praktischen Resultate vielfach zu einer Entschädigung wegen nichtvermögensrechtlichen Schadens. Das sächs. G. B. § 1490 macht im Anschlusse an das gemeine sächs. Recht und an eine auch in gemeinrechtlichen Gebieten bestehende Praxis die besondere Verpflichtung des Thäters zur Entschädigung wegen Verunstaltung des Verletzten überhaupt nicht von dem Nachweise abhängig, daß der letztere in seinem Fortkommen beeinträchtigt worden sei.

Entwurf: a) bei Körperverletzung.

Ausschlaggebend für die Aufnahme der Vorschrift des Abs. 1 sind die Bestimmungen des Str. G. B. § 231 über die Buße bei Körperverletzungen. Sie enthalten die Anerkennung, daß insbesondere für den Fall der Körperverletzung ein Bedürfniß vorliegt, von dem strengen Grundsatze, daß wegen eines anderen als eines Vermögensschadens Entschädigung nicht gefordert werden kann, abzuweichen und ausnahmsweise eine vom Gerichte nach den Umständen des Falles zu bestimmende Geldentschädigung zuzulassen. Wenn, wie nach der Fassung des § 231 des Str. G. B. mit der herrschenden Meinung angenommen werden muß, der Strafrichter befugt ist, auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens dem Verletzten auf dessen Verlangen eine Buße zuzuerkennen (vergl. Entsch. d. R. G. in Straff. XV, 108), so muß eine gleiche Befugniß auch dem Zivilrichter zustehen. Nur dann, wenn auch dem letzteren nach Maßgabe des Abs. 1 die Befugniß beigelegt wird, nach seinem freien Ermessen dem Verletzten wegen eines anderen als eines Vermögensschadens eine billige Geldentschädigung zuzusprechen, wird die erforderliche Harmonie in der Gesetzgebung gewonnen und zugleich einem fühlbar gewordenen Bedürfnisse, sowie den Anforderungen der Rechtsordnung genügt. Von praktischer Bedeutung ist die Bestimmung des Abs. 1 namentlich auch

für solche Fälle, in welchen die Beschädigung einen vermögensrechtlichen Nachtheil zur Folge hat, ohne daß dieser als solcher mit der zu seiner Bemessung erforderlichen Deutlichkeit hervortritt. Dahin gehören die Fälle, wenn eine Verunstaltung das bessere Fortkommen erschwert oder von der bisherigen Lebensweise abzuweichen nöthigt, wenn eine Verletzung zu neuen Bedürfnissen anregt u. s. w. Zwar hat bereits der § 260 der C. P. O. dem Richter die Befugniß beigelegt, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse sich beläuft; mit Rücksicht darauf könnte gerade für die bezeichneten Fälle das Bedürfniß einer Bestimmung, wie die des Abs. 1, in Zweifel gezogen werden. Allein jene Bestimmung gewährt doch auch für Fälle der hier fraglichen Art dem Richter insofern eine erheblich freiere Stellung bei der Zuerkennung einer Entschädigung, als er nicht die Ueberzeugung zu gewinnen braucht, daß und inwieweit der Verletzte gerade einen Vermögensschaden erlitten hat, sondern als er auch einen nicht vermögensrechtlichen Schaden berücksichtigen darf.

Durch die Bestimmung des Abs. 1 sind insbesondere auch spezielle Vorschriften über eine Entschädigung des Verletzten wegen der erlittenen Schmerzen entbehrlich. Die schon erwähnten, darauf bezüglichen Vorschriften des bestehenden Rechtes sind in neuerer Zeit vielfach bekämpft worden (vergl. die dresd. Berathungen; die Motive des hess. Entw. S. 256 und des bayr. Entw. S. 287). In der That läßt sich auch die Unangemessenheit derselben in ihrer Isolirung nicht verkennen. Es will nicht einleuchten, weshalb nur das Erdulden eines körperlichen Schmerzes durch Zahlung einer Geldsumme auszugleichen sei, wenn eine ähnliche Ausgleichung wegen aller anderen nicht vermögensrechtlichen Schäden für unstatthaft erachtet wird. Dazu kommt die Schwierigkeit der Ermittelung, ob und welcher körperliche Schmerz erduldet ist, sowie die Unzuträglichkeit, daß gerade die schwersten Verletzungen auch schmerzlos verlaufen können und alsdann zu einem Schmerzensgelde niemals berechtigen würden. Schmerzensgeld.

Wenn aus den vorstehenden Gründen im Falle der Verletzung an Körper und Gesundheit auch wegen eines nicht vermögensrechtlichen Schadens die Zubilligung einer angemessenen, der freien richterlichen Beurtheilung unterliegenden Geldentschädigung für statthaft erklärt werden muß, so ist eine gleiche Bestimmung hinsichtlich der Freiheitsentziehung nicht zu umgehen; denn in der fraglichen Beziehung ist die Freiheitsentziehung sichtbar von der Verletzung an Körper und Gesundheit in keiner Weise verschieden. Das richterliche Ermessen nach dem Vorbilde der Bestimmungen des sächs. Rechtes durch Festsetzung eines Mindest- und Höchstbetrages für jeden Tag der Dauer der Freiheitsentziehung zu beschränken, würde vom Standpunkte des Entwurfes aus nicht allein inkonsequent, sondern auch wegen Verschiedenheit der denkbaren Fälle nicht gerechtfertigt sein. b) Bei Freiheitsentziehung.

Aehnliche Erwägungen wie diejenigen, welche zu der Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 geführt haben, sprechen aber weiter dafür, dieselbe auch auf solche Fälle auszudehnen, in welchen gegen eine Frau durch Vollziehung des Beischlafes eine der in den §§ 176, 177, 179, 182 des Str. G. B. c) Bei strafbarer Vollziehung des Beischlafes.

bezeichneten strafbaren Handlungen begangen ist (Abs. 2), zumal in diesen Fällen nach dem in großen Gebieten geltenden Rechte (vergl. die Vorbemerkung zu diesem Titel unter Nr. 4a und Motive zu § 1577) der Verletzten ohne Rücksicht auf einen wirklich eingetretenen oder nachweisbaren Vermögensschaden ein Anspruch auf Ausstattung oder auf Entschädigung gewährt wird. Wegen der Gründe, aus welchen der Entwurf Anstand genommen hat, noch weitere Ausnahmen von dem Prinzipe des § 221 zu machen, wird auf die Ausführungen in der Vorbemerkung zu diesem Titel unter 4a oben S. 752 f. Bezug genommen.

Vererblichkeit des Entschädigungsanspruches,

Anlangend die Vererblichkeit des hier fraglichen Entschädigungsanspruches, so ist gemeinrechtlich die Vererblichkeit des Anspruches auf Schmerzensgeld streitig. Es hängt diese Streitfrage mit der anderen Streitfrage zusammen, ob das Schmerzensgeld als Strafe oder als Entschädigung aufzufassen ist. Indessen nehmen auch Vertreter der Entschädigungstheorie an, daß der Anspruch auf Schmerzensgeld auf die Erben des Verletzten nicht übergehe, da, auch wenn das Schmerzensgeld nicht als Genugthuung für eine dem Verletzten zugefügte Kränkung anzusehen, es doch Entschädigung für etwas sei, das ebensowenig auf die Erben übergehe, wie die Kränkung. Wie die erlittene Kränkung, so sterbe mit dem Verletzten auch der von demselben erduldete Schmerz, während ein Vermögensschaden auch in der Person der Erben fortdauere. Dieselbe Streitfrage wiederholt sich auf dem Gebiete des preuß. Rechtes. Nach dem sächs. G. B. § 1490 geht der Anspruch auf Entschädigung wegen Verunstaltung auf die Erben des Verletzten nur über, wenn dieser deshalb bereits Klage bei Gericht angebracht hat, oder wenn der Anspruch durch Vertrag festgestellt ist. Der dresd. Entw. Art. 1010 hat diese Bestimmung mit der Abweichung übernommen, daß der Uebergang auf die Erben nicht schon mit dem Zeitpunkte der Klaganbringung, sondern erst mit der rechtskräftigen Entscheidung erfolgen soll.

nach Rechtshängigkeit oder vertragsmäßiger Anerkennung.

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würde der hier fragliche Entschädigungsanspruch nach § 292 unbeschränkt auf die Erben übergehen. Es läßt sich indessen nicht verkennen, daß es etwas Anstößiges hat, den Erben des Verletzten die Verfolgung eines Anspruches zu gestatten, an dessen Geltendmachung der Verletzte vielleicht nicht dachte, sei es, weil er den betreffenden Schaden gar nicht empfunden hat, sei es, weil er aus persönlichen Rücksichten die Angelegenheit auf sich beruhen zu lassen wünschte. Es darf daher den Erben nicht gestattet sein, den hier fraglichen Anspruch zu erheben, sofern dieser von dem Verletzten selbst noch nicht geltend gemacht ist. Aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit zur Vermeidung der sonst zu besorgenden Streitigkeiten ist es ferner rathsam, den Uebergang des Anspruches auf die Erben nicht schon dann zuzulassen, wenn der Verletzte die Geldentschädigung auch nur außergerichtlich verlangt hat, sondern nur dann, wenn der Anspruch vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

Uebertragbarkeit.

Aehnliche Erwägungen wie die vorstehenden müssen dahin führen, in gleicher Weise, wie die Vererblichkeit des Anspruches, auch die Uebertragbarkeit desselben zu beschränken, namentlich im Hinblicke auf solche Fälle, in welchen die Uebertragung einer Forderung nicht von dem Willen des Gläubigers ab-

hängt. Daß, soweit die Uebertragbarkeit ausgeschlossen ist, der Anspruch auch nicht belastet oder gepfändet werden kann, ergiebt sich aus den §§ 1022, 1207 und dem § 296 Abs. 2.

§§ 729—733.

Ausgießen ꝛc., Aushängen ꝛc. von Sachen aus bezw. an einem Gebäude.

Die §§ 729—733 regeln durch besondere Bestimmungen die Fälle, wenn aus einem Gebäude nach einer öffentlichen Straße oder nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, eine Sache ausgegossen oder ausgeworfen oder eine Sache ohne gehörige Befestigung an einem Gebäude ausgestellt oder ausgehängt und durch das Ausgießen, Auswerfen oder Herabfallen der Sache ein Anderer beschädigt ist. In Ermangelung besonderer Bestimmungen würde der Inhaber des Gebäudes dem Beschädigten nach Maßgabe der §§ 704, 722 bis 726, 728 nur dann haften, wenn der letztere beweisen könnte, daß der erstere entweder selbst der Thäter war oder daß in dessen Person die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen er nach den §§ 704—707 für den von einem Anderen gestifteten Schaden verantwortlich ist.

Geltendes Recht.

Während der code civil und das schweiz. Bd. Ges. es in den hier fraglichen Fällen bei den allgemeinen Grundsätzen belassen, haben nach dem Vorgange des röm. und gemeinen Rechtes die meisten neueren Gesetzgebungen (preuß. A. L. R. I, 6 § 68; österr. G. B. §§ 1318, 1319; bad. L. R. Satz 1384a; sächs. G. B. §§ 1554—1559; hess. Entw. Art. 676, 677, bayr. Entw. Art. 951, dresd. Entw. Art. 1020—1024) im Interesse der Sicherheit des Verkehres auf öffentlichen Straßen und an Orten, wo Menschen zu verkehren pflegen, um dem Beschädigten die Durchführung seines Entschädigungsanspruches zu erleichtern, besondere, mehr oder weniger positive Vorschriften über die Beschädigung durch Ausgießen u. s. w. von Sachen aus einem Gebäude gegeben. Am weitesten von den allgemeinen Grundsätzen entfernen sich in der hier fraglichen Beziehung das gemeine Recht, das österr. G. B. und das bad. L. R., indem diese Rechte den Inhaber des Gebäudes unbedingt haften lassen, ohne Rücksicht darauf, ob ihn selbst ein Verschulden trifft. Das sächs. G. B. und der dresd. Entw. schließen sich zwar insofern an die allgemeinen Grundsätze an, als der Inhaber des Gebäudes nicht haften soll, wenn weder er selbst den Schaden verschuldet hat, noch ein Dritter, für dessen Handlungen er verantwortlich ist. Das Positive in den Bestimmungen dieser Gesetzgebungswerke liegt aber darin, daß der Inhaber des Gebäudes, wenn er sich von der Haftung befreien will, den Beweis führen muß, daß weder er selbst, noch eine Person, für deren Handlung er haftbar ist, den Schaden bewirkt hat. Das preuß. A. L. R., der hess. und der bayr. Entw., davon ausgehend, daß es nur darauf ankommt, dem Beschädigten die für denselben unter den obwaltenden Umständen mit besonderen Schwierigkeiten verbundene Ermittelung des Thäters zu erleichtern, lassen den Inhaber des Gebäudes als solchen nur dann haften, wenn er die Person des Thäters nicht nachweisen kann.

Nothwendigkeit besonderer Bestimmungen.

Es kann zweifelhaft sein, ob es nöthig oder auch nur angemessen ist, besondere Vorschriften über Beschädigung durch Ausgießen u. s. w. von Sachen aus Gebäuden in das Gesetzbuch aufzunehmen. Da das Str. G. B. § 366 Nr. 8

die Handlungen, an welche die betreffenden Zivilrechte die Verpflichtung zum Schadensersatze knüpfen, für ein Delikt erklärt, dieses Delikt aber den Thäter nach § 704 zum Schadensersatze verpflichtet, da ferner der Thäter von den mit der Verfolgung strafbarer Handlungen betrauten Behörden von Amtswegen zu ermitteln ist, da endlich im Wege polizeilicher Verordnungen noch weitere Fürsorge getroffen werden kann, so scheint es an einem Grunde zu fehlen, im Zivilgesetzbuche die fragliche Materie noch besonders und ohne Berücksichtigung des geltenden Straf- und Polizeirechtes zu behandeln. Hierin dem gemeinen Rechte und den übrigen oben gedachten neuen Gesetzgebungen zu folgen, kann um so bedenklicher erscheinen, als es zur Erreichung des Zweckes der zivilrechtlichen Behandlung der Materie nöthig wird, nach dem Vorbilde jener Rechte singuläre, von den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechtes abweichende Bestimmungen zu treffen und damit nicht allein vielen Streitfragen, welche der Gesetzgeber nicht zu lösen vermag, die Thür zu öffnen, sondern auch zu der Erinnerung Anlaß zu geben, daß diese anomalen zivilrechtlichen Vorschriften nur aus einer unberechtigten Vorliebe für römischrechtliche Institutionen und ohne gebührende Würdigung des Umstandes aufgenommen seien, daß in der Gegenwart, wenn einmal durch anomale zivilrechtliche Vorschriften gegen gewisse Beschädigungen ein besonderer Schutz zu gewähren sei, ganz andere und bei Weitem wichtigere Verhältnisse ins Auge gefaßt zu werden verdienten, als diejenigen, auf welche die im röm. Rechte unter ganz anderen Verhältnissen ausgebildete actio de effusis et dejectis sich beziehe. Indessen bei näherer Betrachtung kann den vorstehenden Bedenken nicht eine so große Bedeutung beigelegt werden, um die Unterdrückung besonderer Vorschriften in der hier fraglichen Beziehung zu rechtfertigen. Stellt man sich auf den Boden des Zivilrechtes, so erweisen sich unverkennbar die allgemeinen Grundsätze in den meisten Fällen als unzulänglich, um denjenigen, welcher durch eine Handlung der in Rede stehenden Art beschädigt worden ist, zum Schadensersatze zu verhelfen. Es sind, damit den Anforderungen der Rechtsordnung Genüge geschieht, singuläre Vorschriften, wie sie in den §§ 729—733 vorgeschlagen worden, unerläßlich. In dem Straf- und Polizeirechte die erforderliche Abhülfe zu finden oder davon zu erwarten, ist nicht gerechtfertigt. In der vorliegenden Materie darf wegen ihrer hervorragenden privatrechtlichen Bedeutung das Zivilrecht nicht in ein Abhängigkeitsverhältniß zu dem wechselnden und zum Theile auf anderen Erwägungen beruhenden Straf- und Polizeirechte gebracht werden, und dies um so weniger, als durch die Nichtgewährung eines besonderen privatrechtlichen Schutzes polizeiliche Aenderungen hervorgerufen werden könnten, welche noch größere Härten zur Folge haben. Weiter ist zu bezweifeln, daß der § 704 ausreichen würde, um dem Beschädigten gegen denjenigen, welchem das betreffende Polizeidelikt zur Last fällt, einen Anspruch auf Schadensersatz zu gewähren, indem die Anwendbarkeit des § 704 voraussetzt, daß der Thäter die Beschädigung bezw. die Verletzung des Rechtes eines Anderen als Folge der Uebertretung der polizeilichen Anordnung voraussehen konnte. Die Streitfragen, welche durch die anomalen Bestimmungen hervorgerufen werden mögen, sind ein geringeres Uebel, als dasjenige, welches aus der Nichtaufnahme derselben zu

entspringen droht; sie vermögen daher nicht entscheidend ins Gewicht zu fallen. Das vorliegende Verhältniß hebt sich von allen anderen durch seine Häufigkeit, Einfachheit und praktische Wichtigkeit ab; es läßt sich klar übersehen und ist ähnlich wie das auf die Beschädigung durch Thiere sich beziehende Verhältniß zu einer vollständigen Regelung durch zivilrechtliche Vorschriften im Zivilgesetzbuche vollkommen geeignet. Endlich kommt in Betracht, daß das geltende Recht überwiegend den Standpunkt des Entwurfes theilt.

§ 729.

Um den Zweck zu erreichen, welcher bei der besonderen Normirung der hier fraglichen Materie verfolgt wird, ist es erforderlich, den Inhaber des betreffenden Gebäudes oder eines Theiles desselben in erster Reihe für den Schaden für verantwortlich zu erklären. Diese Verantwortlichkeit darf aber keine unbeschränkte sein. In der Unbeschränktheit der Haftung (vergl. österr. G. B. § 1318) oder auch nur in derjenigen Ausdehnung, welche die Haftung im gemeinen Rechte (§ 1 J. de oblig. quasi ex del. 4, 5; l. 1 § 4 verb. mit § 8 und l. 6 § 2 D. de his, qui effud. vel dejec. 9, 3; Entsch. d. R. G. in Civils. XIII, 50) und im bad. L. R. Satz 1384a erfahren hat, würde eine zu große Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen liegen. Es würde sich daraus entweder die unzulässige Fiktion eines zivilrechtlichen Deliktes oder eine kaum weniger annehmbare, an einen gewissen Thatbestand ohne einen befriedigenden inneren Grund geknüpfte gesetzliche Obligation ergeben. Richtiger ist es, nach dem Vorbilde des sächs. G. B. § 1554 und des dresd. Entw. Art. 1020 auf eine Vorschrift sich zu beschränken, nach welcher der betreffende Inhaber als der Schuldige nur vermuthet wird, so daß ihm der Beweis seiner Nichtschuld frei bleibt. Die Gründe, auf welchen die Aufnahme der hier fraglichen besonderen Bestimmungen beruht, müssen aber weiter dahin führen, die Anwendung der letzteren auch schon dann auszuschließen, wenn der Inhaber die Person nachweist, von welcher die beschädigende Handlung verübt worden ist (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 § 68; hess. Entw. Art. 667, bayr. Entw. Art. 951), wobei sich von selbst versteht, daß dieser Nachweis die Verantwortlichkeit wegen verletzter Aufsichtspflicht u. s. w. nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften (§§ 710—713) nicht ausschließt. Der juristische Inhalt des Gesetzes gestaltet sich also dahin: Ist durch das Ausgießen u. s. w. ein Schaden entstanden und vermag der Inhaber des Gebäudes u. s. w. den Thäter nicht nachzuweisen, so wird der Inhaber als der Schuldige vermuthet; es bleibt ihm jedoch der Beweis der Nichtschuld dahin vorbehalten, daß der Schaden durch eine Handlung bewirkt worden ist, für welche er nach den für die Haftung aus unerlaubten Handlungen geltenden allgemeinen Bestimmungen, insbesondere auch nach den §§ 710—713, nicht verantwortlich ist. Es kann kein Zweifel sein, daß diese Art der Regelung die juristische Konstruktion erleichtert und vielen Streitfragen vorbeugen wird, während sie andererseits zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes genügt. Anzuerkennen ist, daß in Ansehung der Tragweite und Anwendbarkeit des Gesetzes für verschiedene Fälle noch manche Bedenken übrig bleiben. Darauf kann indessen ein entscheidendes Gewicht aus

Beschädigung 1. durch Ausgießen oder Auswerfen: Verantwortlichkeit des Gebäude- ꝛc. Inhabers;

Vermuthung für die Schuld;

Exkulpationsbeweis;

den oben S. 804 dargelegten Gründen nicht gelegt werden. Hervorgehoben werden mag noch, daß darüber, ob der Inhaber, nachdem er verurtheilt worden ist, noch nachträglich mit einem Beweise, welcher seine Verurtheilung abgewendet haben würde, insbesondere mit dem nachträglichen Nachweise des wirklichen Thäters gehört werden darf, ein Zweifel nicht aufkommen kann. Nach dem Hauptprinzipe des § 729 und den Grundsätzen über die Rechtskraft des Urtheiles ist die Frage unverkennbar zu verneinen.

Anlangend die einzelnen Voraussetzungen, von welchen der Abs. 1 die besondere Verpflichtung zum Schadensersatze abhängig macht, so hat der Entwurf sich im Wesentlichen dem gemeinen Rechte, dem sächs. G. B. §§ 1554, 1558, dem hess. Entw. Art. 676, dem bayr. Entw. Art. 951, dem dresd. Entw. Art. 1020 und, soviel insbesondere die Fassung betrifft, dem § 366 Nr. 8 des Str. G. B. (vergl. auch § 367 Nr. 12 des Str. G. B.) angeschlossen.

Inhabung Mehrerer nach Abtheilungen; Daß, wenn Mehrere das Gebäude nach Abtheilungen inne haben, der Inhaber des Theiles haftet, von welchem aus der Schaden bewirkt ist, entspricht insbesondere dem gemeinen Rechte (l. 5 pr., § 3 D. de his, qui effud. 9, 3; vergl. jedoch auch l. 1 § 1 D. eod.), dem hess. Entw. Art. 678, dem bayr. Entw. Art. 951 und dem dresd. Entw. Art. 1020 (vergl. auch österr. G. B. § 1318; sächs. G. B. §§ 1554, 1558; abweichend bad. L. R. Satz 1384a; wegen des preuß. Rechtes vergl. A. L. R. I, 6 § 68).

Mitverschulden des Beschädigten. Nach dem Vorbilde des sächs. G. B. § 1559 schließt der Art. 1022 des dresd. Entw. die Anwendbarkeit des Gesetzes aus, wenn der Beschädigte den Ort, wo er beschädigt worden ist, unbefugter Weise betreten hat. Es ist dunkel, was unter dem letzteren gemeint ist. Bei der Voraussetzung, daß jedes, nicht in einem besonderen Rechte sich gründende Betreten ein unbefugtes sei, wird das Gesetz in einer unzulässigen Weise beschränkt; es würde alsdann sogar derjenige, welcher, um einen Hausbewohner zu besuchen, den Hofraum betritt und in diesem durch Ausgießen u. s. w. beschädigt wird, auf Schadensersatz auf Grund der besonderen Vorschrift des § 729 keinen Anspruch haben. Es leuchtet ein, daß bei einem solchen Verständnisse das Gesetz einen großen Theil seines praktischen Werthes verliert. Versteht man die Bestimmung aber dahin, daß derjenige, welcher durch das Betreten unerlaubt gehandelt hat, das Gesetz nicht anrufen kann, so paßt die Vorschrift nicht zu dem Prinzipe des § 729. Nach dem letzteren gründet sich der gegen den Inhaber des Gebäudes u. s. w. auf Grund des § 729 erhobene Anspruch immer in einem dem Inhaber zur Last fallenden Delikte; die Begünstigung des Beschädigten besteht nur darin, daß der Inhaber als der Schuldige bis zum Nachweise des Gegentheiles vermuthet wird. Es folgt hieraus, daß, wenn auch dem Beschädigten ein Verschulden zur Last fällt, der § 222 anwendbar wird, nach den Bestimmungen des letzteren also zu beurtheilen ist, ob dem Beschädigten wegen des unerlaubten Betretens des fraglichen Ortes ein Ersatzanspruch nicht zusteht. Aus ähnlichen Erwägungen ist die aus dem hess. Entw. Art. 676 Abs. 3, dem bayr. Entw. Art. 951 Abs. 3 und dem sächs. G. B. § 1557 in den dresd. Entw. Art. 1022 übergegangene Bestimmung nicht zu billigen, daß der Beschädigte sich auf das Gesetz auch dann nicht berufen könne, wenn er durch ein erkennbar ausgestelltes Zeichen oder durch zeitiges Zurufen gewarnt worden

sei. In dieser Allgemeinheit würde die Bestimmung außerdem zu der ohne Zweifel unrichtigen Auffassung berechtigen, daß der Inhaber eines Gebäudes befugt sei, durch Zeichen und Zurufen sich das Recht zu verschaffen, nach seinem Belieben aus dem Gebäude auf öffentliche Straßen etwas auszugießen u. s. w. und damit den öffentlichen Verkehr zu hemmen. Uebrigens ist das hier fragliche Gesetz auf das Bauen und Repariren von Gebäuden im Allgemeinen nicht zu beziehen.

§ 730.

Es ist zweifellos, daß dem Inhaber eines Gebäudes oder eines Theiles desselben, welcher in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen auf Grund der positiven Vorschriften des § 729 den Schadensersatz hat leisten müssen, der Regreß gegen denjenigen gestattet werden muß, welcher für die beschädigende Handlung nach den für die Haftung aus unerlaubten Handlungen geltenden allgemeinen Vorschriften verantwortlich ist (vergl. auch l. 5 § 4 D. de his, qui effud. vel dejec. 9, 3; österr. G. B. §§ 1318, 1313; bad. L. R. Satz 1384 a; sächs. G. B. § 1555; hess. Entw. Art. 676 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 951 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 1020 Abs. 2). Für die Fälle, in welchen auch den Inhaber der Vorwurf eines Verschuldens trifft und derselbe daher nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze zum Schadensersatze verpflichtet war, brauchte in Ansehung des Regresses besondere Vorsorge nicht getroffen zu werden; sie unterliegen, wie sich von selbst versteht, der Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen (vergl. §§ 337, 338, 713, 714). Regreß des Inhabers gegen den Schuldigen.

§ 731.

Die Bestimmung des § 731 ist durch die Rücksicht auf den Beschädigten und die Analogie des § 714 gerechtfertigt (vergl. auch l. 1 § 10, l. 2—4 D. de his, qui effud. vel dejec. 9, 3; sächs. G. B. § 1556; hess. Entw. Art. 676 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 951 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 1021). Voraussetzung der Haftung als Gesammtschuldner ist, daß die Mehreren das Gebäude und den Theil desselben, aus welchem der Schaden bewirkt worden ist, ungetheilt inne haben. Haben Mehrere das Gebäude nach Abtheilungen inne, so haften sie auch dann nicht als Gesammtschuldner, wenn sich nicht ermitteln läßt, aus welcher Abtheilung des Gebäudes der Schaden bewirkt worden ist. Gemeinrechtlich wird allerdings auf Grund der l. 2, l. 5 § 2 D. de his, qui effud. vel dejec. 9, 3 von Manchem auch in diesem Falle solidarische Haftung angenommen. Die neueren Gesetzgebungen (sächs. G. B., hess. Entw., bayr. Entw., dresd. Entw. a. a. O.) stehen aber in dieser Beziehung auf dem Standpunkte des Entwurfes. Haftung mehrerer Inhaber des Gebäudes ꝛc.,

Daß derjenige von den mehreren als Gesammtschuldner haftenden Inhabern, welcher auf Grund des § 729 den Schadensersatz geleistet hat, von den übrigen verhältnißmäßige Erstattung des Geleisteten verlangen kann (l. 4 D. de his, qui effud. et dejec. 9, 3; sächs. G. B. § 1556; dresd. Entw. Art. 1021), braucht im Hinblicke auf die allgemeine Vorschrift des § 337 nicht Regreß derselben.

besonders bestimmt zu werden. Ein genügender Grund, mit dem dresd. Entw. Art. 1021 — in Abweichung von der Regel des § 337 — den Regreßanspruch davon abhängig zu machen, daß von dem Urheber des Schadens Ersatz nicht zu erlangen ist, liegt nicht vor. Voraussetzung des Regreßanspruches ist aber selbstverständlich, daß der im Wege des Regresses in Anspruch Genommene wegen der Beschädigung auf Grund des § 729 überhaupt haftet. Da seine Haftung nach § 729 Abs. 1 ausgeschlossen ist, wenn er die Person nachweist, von welcher die beschädigende Handlung verübt worden ist, so folgt daraus, daß er unter dieser Voraussetzung auch nicht im Wege des Regresses in Anspruch genommen werden kann. Daß derjenige Inhaber, welcher Ersatz geleistet hat, nicht hat beweisen können, wer der Thäter ist, kann den übrigen Inhabern nicht präjudiziren, sofern ihnen von jenem Inhaber nicht etwa nach Maßgabe der §§ 71, 65 der C. P. O. der Streit verkündet war und ihnen dadurch der Einwand, daß eine andere bestimmte Person den Schaden bewirkt habe, dem Regreßanspruche gegenüber abgeschnitten ist. Da der § 731 nur den Fall behandelt, wenn auf Grund der positiven Vorschrift des § 729 Ersatz hat geleistet werden müssen, so versteht sich ferner von selbst, daß, wenn derjenige Inhaber, welcher den Ersatz geleistet hat, wegen eigenen Verschuldens nach den allgemeinen Grundsätzen zum Schadensersatze verpflichtet war, die Frage, ob und in welchem Umfange er von den übrigen Inhabern etwa als Mitschuldigen Regreß verlangen kann, nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 337, 338, 713, 714) zu beurtheilen ist. Sollten die übrigen Inhaber allein den Schaden verschuldet haben, so kann derjenige Inhaber, welcher auf Grund des § 729 den Schadensersatz hat leisten müssen, von ihnen nach Maßgabe des § 730 vollen Ersatz verlangen.

§ 732.

Verjährung.

Die im § 732 — in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen (vergl. § 719) — bestimmte kurze Verjährung rechtfertigt sich wegen der singulären Natur des dem Beschädigten durch den § 729 gewährten Anspruches und durch die Erwägung, daß die kurze Frist andererseits den Zweck des Gesetzes keineswegs zu vereiteln droht. Der vorliegende Entwurf hat sich in dieser Beziehung dem dresd. Entw. Art. 1024 (vergl. auch zür. G. B. § 1871) angeschlossen, zur Erleichterung der Anwendung des Gesetzes jedoch die 30 tägige Frist des dresd. Entw. durch eine einmonatige ersetzt. Die im sächs. G. B. § 1559 bestimmte Frist von sechs Monaten ist in Anbetracht der singulären Natur des hier fraglichen Anspruches zu lang. Wie die Fassung des § 732 zur Genüge ergiebt, bezieht sich die hier vorgeschlagene kurze Verjährung nur auf den Anspruch, welcher dem Beschädigten auf Grund der positiven Vorschrift des § 729 zusteht.

§ 733.

2. Herabfallen ausgestellter Sachen 2c.;

Die Bestimmung des § 733 beruht auf den gleichen Gründen, welche zu den Vorschriften der §§ 729—732 geführt haben (vergl. auch l. 1 § 3, l. 5 § 12 D. de his, qui effud. vel dejec. 9, 3; österr. G. B. § 1318; sächs. G. B.

§§ 1554, 1558, 1559; hess. Entw. Art. 677, bayr. Entw. Art. 951 Abs. 4, dresd. Entw. Art. 1023). Die Fassung schließt sich, soweit thunlich, dem § 369 Nr. 8 des Str. G. B. an.

§ 734.

Nach röm. und gemeinem Rechte begründet Beschädigung durch ein Thier, abgesehen von dem Falle, in welchem die Beschädigung nachweisbar auf dem Verschulden eines Menschen beruht und deshalb die Voraussetzungen der actio legis Aquiliae vorliegen, einen Anspruch auf Schadensersatz regelmäßig nur dann, wenn das Thier den Schaden gegen die Art und Weise seiner Gattung (contra naturam sui generis) angerichtet hat (actio de pauperie). Haftbar ist in diesem Falle der jeweilige Eigenthümer des Thieres — noxa caput sequitur; doch kann sich derselbe von der Verpflichtung zum Schadensersatze durch die Hingabe des Thieres an den Beschädigten (noxae datio) befreien. Im Einzelnen bestehen übrigens in dieser Materie, insbesondere soviel die rechtliche Natur und die Voraussetzungen der Haftung betrifft, vielfache Streitfragen. Von der Regel, daß der Eigenthümer eines Thieres als solcher wegen eines Schadens, welchen dasselbe secundum naturam sui generis angerichtet hat, nicht haftet, macht die herrschende Meinung auf Grund der l. 14 § 3 D. de praescr. verb. 19, 5 jedoch für den Fall eine Ausnahme, wenn Vieh fremde Früchte abfrißt, indem sie für diesen Fall eine besondere Klage, die actio de pastu, als actio noxalis mit gleicher Wirkung, wie die actio de pauperie, als gegeben annimmt. Ferner gewährte das röm. Recht für den Fall, wenn Jemand an einem gangbaren Orte ein gefährliches Thier hält und durch dasselbe einem Anderen eine Verletzung zugefügt wird, noch eine besondere Klage, eine Popularklage, welche auf das Doppelte des angerichteten Schadens, außerdem bei Körperverletzung auf „quanti bonum aequum judici videbitur", bei Tödtung auf 200 solidi geht. Dieser besondere Anspruch wird indessen als beseitigt angesehen (vergl. § 366 Nr. 5 des Str. G. B.).

3. Beschädigung durch Thiere: röm. u. gem. Recht;

In vielen älteren deutschen Rechtsquellen finden sich wegen Beschädigung durch Thiere ähnliche Vorschriften, wie die des röm. Rechtes über die actio de pauperie; namentlich ist das Recht des Eigenthümers des Thieres, welcher für den Schaden aufkommen muß, sich von dieser Verbindlichkeit durch Preisgeben des Thieres zu befreien, falls ihm eine Schuld nicht beigemessen werden kann, in weitem Umfange anerkannt. Andererseits wird aber nicht unterschieden, ob das Thier den Schaden contra naturam sui generis oder secundum naturam sui generis angerichtet hat. Für den Schaden, welchen ein wildes, obgleich gezähmtes Thier verursacht, haftet der Eigenthümer unbedingt. Anlangend insbesondere das gemeine sächs. Recht, so kann der Eigenthümer des Thieres, welches den Schaden angerichtet hat, sich von der Ersatzverbindlichkeit nur dadurch befreien, daß er sofort nach erlangter Kenntniß von der Beschädigung das Thier derelinquirt, in welchem Falle der Beschädigte das Thier an sich nehmen kann. Der Eigenthümer ist jedoch unbedingt zum Ersatze des Schadens verpflichtet, wenn das Thier bösartig, namentlich ein wildes, blos gezähmtes oder als bösartig schon bekannt war (Entsch. d. R. G. bei Seuffert XXXIX, 214).

ält. deutsche Rechtsquellen;

neuere Gesetzgebungen.

Die neueren Gesetzgebungen weichen sämmtlich darin von dem gemeinen Rechte ab, daß sie den Unterschied, ob das Thier den Schaden contra naturam sui generis oder secundum sui generis angerichtet hat, und den Satz „noxa caput sequitur" aufgegeben haben. Im Uebrigen ist aber der Standpunkt derselben ein verschiedener. Die eine Gruppe läßt nach dem Vorbilde des gemeinen Rechtes den Eigenthümer des Thieres, welches den Schaden gestiftet hat, ohne Rücksicht darauf haften, ob denselben ein Verschulden trifft oder nicht. Dahin gehören der code civil Art. 1385 und das bad. L. R. Satz 1385 und 1385 a — wenigstens dem Wortlaute nach —; ferner das sächs. G. B. §§ 1560, 1561; doch kann nach dem bad. L. R. und dem sächs. G. B. der Eigenthümer sich von der Ersatzpflicht durch Hingabe des Thieres an den Beschädigten bezw. nach dem ersteren auch durch Bezahlung des höchsten Werthes des Thieres befreien; das sächs. G. B. macht diese Befugniß des Eigenthümers indessen von dem Nachweise abhängig, daß er bei der Beaufsichtigung des Thieres nichts verschuldet hat, und schließt diese Befugniß ganz aus, wenn der Schaden von einem seiner Gattung nach wilden Thiere verursacht ist. Ein weiterer Unterschied zwischen den zu dieser Gruppe gehörenden Gesetzgebungen besteht darin, daß nach dem code civil und dem bad. L. R. nicht nur der Eigenthümer, sondern auch derjenige, welcher sich des Thieres bedient (qui s'en sert), für den Schaden verantwortlich ist, während nach dem sächs. G. B. bei Hausthieren nur der Eigenthümer, bei wilden Thieren dagegen derjenige haftet, welcher sie hält.

Eine zweite Gruppe neuerer Gesetzgebungswerke hat dagegen überhaupt das Prinzip des gemeinen Rechtes verworfen und das umgekehrte Prinzip anerkannt, daß wegen eines durch Thiere angerichteten Schadens nur eine Verhaftung desjenigen eintritt, welchem unmittelbar oder mittelbar, insbesondere durch eine mangelhafte Beaufsichtigung oder Verwahrung des Thieres, eine Schuld zur Last fällt. Dies ist der Standpunkt des preuß. A. L. R. I, 6 §§ 70—78 (vergl. auch Entsch. d. R. G. bei Gruchot XXVII S. 902 ff.), des österr. G. B. § 1320 und des hess. Entw. Art. 670. Einen Mittelweg haben der bayr. Entw. Art. 948, der dresd. Entw. Art. 1025 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 65 eingeschlagen, indem sie bestimmen, daß derjenige, welcher ein Thier hält, den von dem letzteren angerichteten Schaden zu ersetzen hat, sofern er nicht nachweisen kann, daß er das Thier gehörig verwahrt und beaufsichtigt habe. Der hess. Entw. Art. 670 Abs. 1 und der bayr. Entw. Art. 948 Abs. 1 machen jedoch — in Uebereinstimmung mit dem sächs. G. B. § 1560 — die Ausnahme, daß derjenige, welcher reißende oder sonst ihrer Natur nach schädliche Thiere hält, wegen eines jeden Schadens haftet, welchen diese Thiere verursachen, ohne Rücksicht darauf, ob er dieselben gehörig verwahrt hatte oder nicht. Dieselbe Verantwortlichkeit trifft nach dem preuß. A. L. R. I, 6 §§ 70, 71 denjenigen, welcher ohne obrigkeitliche Erlaubniß derartige Thiere hält. Ferner haftet nach preuß. L. R. I, 6 § 72 auch ohne nachgewiesene Verschuldung derjenige, welcher Thiere hält, die zwar ihrer Natur nach nicht schädlich sind, aber auch in den ländlichen und städtischen Haushaltungen nicht gebraucht werden; doch beschränkt sich seine Haftung nur auf den unmittelbaren Schaden (vergl. außerdem wegen einer weiteren Ausnahme bei Beschädigung durch

weidendes Vieh das preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. April 1880 §§ 14, 69).

Entwurf: Nothwendigkeit der besonderen Vorschrift.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß das Gesetzbuch besondere Bestimmungen darüber aufzunehmen hat, inwiefern derjenige, welcher ein Thier hält, zum Ersatze des durch das letztere verursachten Schadens verpflichtet ist. Solche Bestimmungen sind unentbehrlich, weil bei dem Mangel derselben nach den allgemeinen Grundsätzen der Beschädigte in vielen Fällen auf Schadensersatz keinen Anspruch haben würde, obschon das praktische Bedürfniß ein Anderes erfordert. Zwar ergiebt sich schon aus dem Prinzipe des § 704 und den Bestimmungen der §§ 722—726 und des § 728 Abs. 1, daß derjenige, welcher aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung die Beschädigung eines Anderen durch ein Thier verursacht hat, zum Schadensersatze verpflichtet ist, und kann es insbesondere keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, welcher den Vorschriften der §§ 366 Nr. 5 und 367 Nr. 11 des Str. G. B. oder sonstigen zuständigen Ortes erlassenen Polizeiverordnungen über die Verwahrung und Beaufsichtigung von Thieren zuwiderhandelt, eine widerrechtliche Handlung begeht, welche ihn nach Maßgabe der §§ 704, 722, 726 und des § 728 Abs. 1 zum Schadensersatze verpflichtet; indessen sprechen ähnliche Gründe, wie diejenigen, welche den Entwurf bestimmt haben, in der in den §§ 729 bis 733 geordneten Materie das Zivilrecht nicht in ein Abhängigkeitsverhältniß zu dem Straf- und Polizeirechte zu bringen (vergl. oben S. 804), auch gegen die Uebergehung des hier fraglichen Gegenstandes in dem bürgerlichen Gesetzbuche, um so mehr, als nicht nur das gemeine Recht, sondern auch sämmtliche neueren Kodifikationen denselben zivilrechtlich besonders geregelt haben. Dem Bedürfnisse wird aber vollständig genügt durch die Aufnahme einer Bestimmung, welche dem Halter eines Thieres die Pflicht zur gehörigen Verwahrung und Beaufsichtigung desselben dergestalt auferlegt, daß die Verletzung dieser Pflicht sich zivilrechtlich als eine widerrechtliche Handlung darstellt, welche den Thierhalter nach Maßgabe der §§ 704, 722 bis 726 und des § 728 Abs. 1, also dann zum Schadensersatze verpflichtet, wenn sie auf einem Verschulden desselben beruht und er die dadurch verursachte Beschädigung oder die Verletzung des Rechtes eines Anderen vorausgesehen hat oder voraussehen konnte. Wollte man nach dem Vorbilde des gemeinen Rechtes, des code civil, des bad. L. R. und des sächs. G. B. den Eigenthümer eines Thieres oder denjenigen, welcher ein Thier hält, für den von dem Thiere angerichteten Schaden ohne Rücksicht auf ein Verschulden desselben verantwortlich machen, wenn auch mit der Modifikation, daß der Eigenthümer oder Thierhalter sich durch Ueberlassung des Thieres oder seines Werthes an den Beschädigten befreien könnte, so würde man damit den Boden des Deliktes verlassen und, wenn auch nicht ein fingirtes Delikt, doch eine in das Rechtssystem sich schwer einfügende gesetzliche Obligation schaffen. Zu einer solchen positiven Regelung fehlt es aber an haltbaren Gründen. Dasselbe gilt von dem Standpunkte derjenigen Gesetzgebungen, welche die Haftung des Thierhalters zwar ausschließen, wenn er beweist, daß er das Thier gehörig verwahrt oder beaufsichtigt habe, demselben aber — wenigstens nach dem Wortlaute der betreffenden Bestimmungen — nicht auch den Beweis zugestehen, daß die Ver-

Aufsichts- und Verwahrungspflicht des Thierhalters.

letzung der Aufsichtspflicht nicht auf einem ihm zur Last fallenden Verschulden beruht oder aus der Verletzung der Aufsichtspflicht der Schaden nicht entstanden ist (vergl. bayr. Entw. Art. 948 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 1025 Abs. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 65). In Frage kann nur kommen, ob nach Maßgabe der Bestimmungen des § 729 die durch Gegenbeweis zu entkräftende Vermuthung aufgestellt werden soll, daß die Aufsichtspflicht verletzt und durch die Verletzung dieser Pflicht der Schaden entstanden sei. Indessen liegt auch hierzu ein Bedürfniß nicht vor. Mag der Schaden durch ein wildes oder ein nicht wildes Thier verursacht sein, regelmäßig wird, wenn die Aufsichtspflicht wirklich verletzt ist, die Verletzung, sowie der Kausalzusammenhang — zumal bei dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung — ohne Schwierigkeit sich nachweisen lassen. Ohne die zwingendsten Gründe darf aber in die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast nicht eingegriffen werden. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen ist auch die Frage zu beurtheilen, ob dem Beschädigten außerdem der Beweis obliegt, daß dem Halter des Thieres die Nichterfüllung der Aufsichtspflicht, sowie die dadurch verursachte Beschädigung oder Rechtsverletzung zum Verschulden gereicht, oder ob umgekehrt der letztere seine Schuldfreiheit nachzuweisen hat.

Beweislast (Kausalzusammenhang, Verschulden).

Wilde, schädliche Thiere.

Wie oben bereits erwähnt wurde, machen verschiedene neue Gesetzgebungswerke, darunter auch solche, welche auf dem Prinzipe des Entwurfes beruhen, denjenigen, welcher ein wildes oder sonst seiner Natur nach schädliches Thier hält, für den durch dasselbe verursachten Schaden auch dann verantwortlich, wenn er die Aufsichtspflicht in vollem Umfange erfüllt hatte (hess. Entw. Art. 670 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 948 Abs. 1; sächs. G. B. § 1560). Dasselbe ist nach dem preuß. A. L. R. I, 6 § 70 der Fall, wenn derartige Thiere ohne obrigkeitliche Erlaubniß gehalten werden. Die Aufnahme der einen wie der anderen Bestimmung ist indessen mit Rücksicht auf den positiven Karakter derselben bedenklich, zumal die dem Halter des Thieres auferlegte Aufsichtspflicht zur Befriedigung des praktischen Bedürfnisses genügt. Dabei kommt noch in Betracht, daß die Bestimmung des § 367 Nr. 11 des Str. G. B. in Verbindung mit dem § 704 dem Beschädigten für die in Rede stehenden Fälle noch einen besonderen Schutz gewährt.

Die Fassung des Abs. 1 schließt sich dem § 367 Nr. 11 des Str. G. B., sowie dem § 710 Abs. 1, dem § 711 Abs. 2 und dem § 712 an.

Haftung des die Aufsichtspflicht Uebernehmenden;

Die im zweiten Absatze des § 734 bestimmte Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht für den Halter des Thieres übernommen hat, beruht auf ähnlichen Erwägungen, wie diejenigen, welche zu der Bestimmung des § 710 Abs. 2 geführt haben. Für selbstverständlich kann die Ausdehnung nicht gehalten werden (vergl. jedoch Entsch. d. R. G. in Straff. X, 30); sie ist aber unbedenklich und im Interesse des Beschädigten, namentlich für solche Fälle, in welchen dem Thierhalter bei der Auswahl und der Beaufsichtigung der mit der Aufsicht des Thieres betrauten Person nach Maßgabe der §§ 711, 712 ein Verschulden nicht trifft, ferner wegen des dem Halter des Thieres gegen den Anderen betreffendenfalls einzuräumenden Regresses unerläßlich. Durch die dem § 710

Abs. 2 sich anschließende Fassung des Abs. 2 wird insbesondere auch der gesetzliche Vertreter getroffen.

Hat der Thierhalter bei der Auswahl oder Beaufsichtigung desjenigen, welcher die Aufsicht übernommen hat (§§ 711, 712), und zugleich der letztere bei Erfüllung der Aufsichtspflicht gefehlt, so haften Beide als Gesammtschuldner; ist von dem Thierhalter Schadensersatz geleistet, so kann er, unbeschadet der Bestimmung des § 338, von dem Anderen den vollen Ersatz des Geleisteten fordern. Weder das Eine noch das Andere braucht im Gesetze besonders bestimmt zu werden; es ergiebt sich schon zur Genüge aus § 713 in Verbindung mit den §§ 711 und 712.

Mitverschulden a) eines Dritten,

Beruht der Schaden zugleich auf dem Verschulden eines Dritten, hat z. B. ein Dritter das Thier gehetzt, so ist auch dieser wegen des Schadens als Gesammtschuldner haftbar. Eine besondere dies aussprechende Vorschrift (vergl. preuß. A. L. R. I, 6 §§ 76, 77; bayr. Entw. Art. 949 Abs. 2 und 3, dresd. Entw. Art. 1026 Abs. 2) ist gleichfalls entbehrlich, denn es folgt jene Haftung wieder zur Genüge aus den allgemeinen Grundsätzen (§§ 704, 722 bis 726, 728, 714). Wie es sich in einem solchen Falle mit der Regreßpflicht des Dritten verhält, ist ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 337, 338) zu beurtheilen. Es könnte zwar billig erscheinen, dem Thierhalter oder dem Aufsichtspflichtigen, sofern diese nicht vorsätzlich gehandelt haben (§ 338), gegen den Dritten — zum wenigsten dann, wenn demselben Vorsatz zur Last fällt — den Regreß auf das Ganze zu gewähren (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 65). Da jedoch auch in vielen anderen Fällen, in welchen Mehrere durch unerlaubtes Handeln einen Schaden verschuldet haben, die Sachlage ganz dieselbe sein kann, der Entwurf aber eine allgemeine Bestimmung der Art wegen ihrer großen und in ihren Folgen schwer zu übersehenden Tragweite aufzunehmen Bedenken getragen hat, so würde es nicht gerechtfertigt sein, für den hier in Rede stehenden Fall, also für ein Spezialdelikt, eine Besonderheit vorzuschreiben. Ob aus der vorsätzlichen Handlung eines Dritten in Fällen der vorliegenden Art unter Umständen dem Thierhalter oder dem Aufsichtspflichtigen ein selbständiger Deliktsanspruch nach den Bestimmungen des § 704 Abs. 1 erwachsen kann, bei welchem die eigene Fahrlässigkeit des Aufsichtspflichtigen nur nach den Bestimmungen des § 222 in Betracht zu ziehen sein würde, kann dahingestellt bleiben.

Auch für den Fall, wenn das von einem Dritten gehaltene Thier zu der Beschädigung Anlaß gegeben hat, sind besondere Bestimmungen nicht erforderlich. Trifft den Dritten ein Verschulden, weil er das Thier nicht gehörig beaufsichtigt hat (§ 734), so sind in Ansehung seiner Haftung als Gesammtschuldner neben dem Halter des schadenbringenden Thieres und in Ansehung seiner Regreßpflicht dieselben Grundsätze maßgebend, wie in dem zuvor behandelten Falle.

b) des Beschädigten.

Aus dem Prinzipe des § 734, daß der Thierhalter oder der Aufsichtspflichtige für den durch das Thier angerichteten Schaden nur dann verantwortlich ist, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, ergiebt sich ferner von selbst die Anwendbarkeit des § 222 in dem Falle, wenn eine Fahrlässigkeit des Beschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat (vergl. l. 2 § 1 D. si quadrupes 9,1; preuß. A. L. R. I, 6 § 75; sächs. G. B. § 1562; hess. Entw. Art. 671 Abs. 1, bayr. Entw. Art. 949 Abs. 1, dresd. Entw. Art. 1026 Abs. 1).

Gemeinschaftliches Halten von Thieren.

Jenes Prinzip macht auch eine besondere Bestimmung über die Haftung derjenigen entbehrlich, welche gemeinschaftlich ein Thier halten (vergl. l. 1 § 14 D. si quadrupes 9,1; sächs. G. B. § 1564; dresd. Entw. Art. 1027), sowie über die Verjährung der Entschädigungsansprüche. In der ersteren Beziehung hängt die Haftung des Einzelnen davon ab, ob ihn für seine Person ein Verschulden trifft; ist der Vorwurf der Pflichtverletzung gegen Mehrere begründet, so ist ihre Haftung als Gesammtschuldner unbedenklich (§ 714). In der zweiten Beziehung ist die Anwendbarkeit des § 719 nicht minder zweifellos.

Vom Standpunkte des Entwurfes aus bedarf auch der Fall keiner besonderen Entscheidung, wenn Thiere verschiedener Eigenthümer einander verletzen (vergl. l. 1 § 11 D. si quadrupes 9,1; sächs. G. B. § 1563; preuß. A. L. R. I, 6 § 78). Soweit die Aufsichtspflicht verletzt ist, wird der § 734 bezw. daneben der § 222 anwendbar. Im Uebrigen findet ein Schadensersatzanspruch des Beschädigten nicht statt.

In Ansehung der besonderen landesgesetzlichen Bestimmungen in den Feld- und Forstpolizeiordnungen über die Beschädigung durch Weiden von Vieh, über das Pfändungsrecht wegen eines durch Thiere angerichteten Schadens und über den Ersatz von Wildschäden werden in das Einführungsgesetz geeignete Vorbehalte für die Landesgesetzgebungen aufzunehmen sein.

§ 735.

4. Beschäd. durch Einsturz eines Gebäudes oder Werkes.

Geltendes Recht.

Das röm. Recht geht von dem Grundsatze aus, daß Niemand, von obligatorischen Verhältnissen abgesehen, im Interesse eines Anderen zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet und insbesondere für den Schaden verantwortlich ist, welchen seine leblosen Sachen anrichten. Ein Anspruch auf Ersatz eines solchen Schadens ist vielmehr nur dann begründet, wenn eine positive schuldhafte Thätigkeit nach Maßgabe der actio legis Aquiliae die Ursache der Beschädigung ist. Jener Grundsatz gilt namentlich auch in Ansehung des Schadens, welcher aus der fehlerhaften Beschaffenheit eines Grundstückes oder der darauf befindlichen Anlagen ohne positive Einwirkung des Eigenthümers, z. B. durch den Einsturz eines baufällig gewordenen Hauses, entstanden ist. Ein Anspruch auf Ersatz des durch den Einsturz des Hauses einem Anderen zugefügten Schadens ist nicht begründet (vergl. l. 6, l. 44 pr. D. de damno inf. 39, 2); vielmehr steht dem Beschädigten wegen des Ersatzes seines Schadens nur ein Retentionsrecht an den etwa in seinen Besitz gelangten Sachen, z. B. an den Trümmern des eingestürzten Hauses, zu (vergl. l. 6, l. 7 § 2, l. 8, l. 9 pr. §§ 1, 2 D. de damno inf. 39, 2). Dasselbe gilt in dem Falle, wenn durch bewegliche Sachen eines Anderen ohne schuldhafte Einwirkung eines Menschen, z. B. in Folge von Ueberschwemmungen oder eines Sturmes, Schaden zugefügt worden ist (l. 5 § 4 D. ad exhibendum 10, 4; l. 9 § 3 D. de damno inf. 39, 2; l. 8 D. de incend. 47, 9).

Von dem Grundsatze, daß der Eigenthümer einer Sache für den Schaden nicht verantwortlich ist, welcher ohne seine schuldhafte Einwirkung, lediglich durch seine Unthätigkeit vermittelt, durch die Sache entsteht, macht das röm. Recht jedoch durch das Institut der cautio damni infecti unter gewissen Voraus-

setzungen für den Fall eine Ausnahme, wenn einem Grundstücke (nicht auch Personen und beweglichen Sachen, unabhängig von dem Grundstücke gedacht) in Folge der fehlerhaften Beschaffenheit eines anderen Grundstückes oder der darauf befindlichen Anlagen (vitium aedium, loci oder operis) ein abwendbar gewesener Schaden zugefügt worden ist. Die für jenen Fall getroffenen besonderen Bestimmungen der cautio damni infecti hat das röm. Recht sodann zum Theil auch auf solche Fälle übertragen, in denen Jemand nicht in Folge der fehlerhaften Beschaffenheit eines Grundstückes oder einer darauf befindlichen Anlage, sondern in Folge einer an oder auf dem Grundstücke vorgenommenen Thätigkeit oder des Resultates einer solchen Schaden erlitten hat, indem in den meisten hier in Frage kommenden Fällen die allgemeinen Grundsätze des röm. Rechtes, insbesondere die Grundsätze der lex Aquilia, nicht ausreichen, um dem Beschädigten einen Anspruch auf Schadensersatz zu gewähren.

Ob und inwieweit die Vorschriften des röm. Rechtes über die cautio damni infecti gemeinrechtlich noch in praktischer Geltung und anwendbar sind, ist zwar nicht unbestritten; doch wird die Anwendbarkeit in Doktrin und Praxis vorwiegend bejaht.

Die neuen Gesetzgebungswerke stimmen mit dem röm. und gemeinen Rechte grundsätzlich darin überein, daß Niemand für den Schaden verantwortlich ist, welcher ohne seine schuldhafte Einwirkung, lediglich durch seine Unthätigkeit vermittelt, durch seine leblosen Sachen angerichtet wird. Eine Ausnahme machen die meisten Gesetze jedoch für den Fall, wenn ein Gebäude oder ein anderes Werk in Folge einer fehlerhaften Errichtung oder einer mangelhaften Unterhaltung desselben einstürzt und dadurch einem Anderen Schaden zugefügt wird, indem sie für diesen Fall durch positive, von den Grundsätzen des röm. Rechtes über die cautio damni infecti mehr oder weniger abweichende Bestimmungen die Verpflichtung des Eigenthümers des Gebäudes oder des Werkes zum Schadensersatze besonders regeln (vergl. preuß. A. L. R. I, 8 §§ 36, 37, 60, verb. mit I, 6 §§ 10 ff., 26; österr. G. B. § 343; code civil Art. 1386; sächs. G. B. § 351; schweiz. Bd. Ges. Art. 67, 68; hess. Entw. Art. 672, bayr. Entw. Art. 950, dresd. Entw. Art. 1028). Ob nach franz. Rechte die Bestimmung des code civil Art. 1384, welche ausspricht, daß man für den Schaden verantwortlich ist, welcher durch Sachen verursacht wird, die man unter seiner Obhut hat, auf alle Sachen, nicht blos auf die in den Art. 1385 und 1386 bezeichneten (Thürme und Bauwerke) zu beziehen sei, ist streitig. Außer den angeführten Bestimmungen enthalten die neueren Gesetzgebungen noch verschiedene dem Nachbarrechte angehörige Bestimmungen über das Verbot gefährlicher Anlagen, deren Nichtbeachtung unter Umständen ebenfalls die Verpflichtung zum Schadensersatze mit sich bringen kann.

Entwurf: Nothwendigkeit der besonderen Vorschrift.

Der Entwurf geht im Einklange mit dem in den meisten, wenn nicht in allen deutschen Rechtsgebieten geltenden Rechte davon aus, daß es bedenklich sein würde und überdies kein Bedürfniß vorliegt, den Besitzer jeder, auch einer beweglichen Sache zu verpflichten, die letztere mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in dem Stande zu erhalten, welcher die Möglichkeit der Beschädigung eines Dritten ausschließt. Es leuchtet ein, welche schwerwiegende, in ihren Folgen kaum zu übersehende Eigenthumsbeschränkung sich aus einer solchen

Bestimmung ergeben würde. Eine derartige Bestimmung würde auch, namentlich in ihrer Erstreckung auf bewegliche Sachen, weit über das Bedürfniß hinausgehen. Wird durch eine bewegliche Sache ein Schaden angestiftet, dessen Ersatz dem Besitzer billigerweise und im Interesse der öffentlichen Ordnung zur Pflicht gemacht werden darf, so wird regelmäßig ein Handeln des Besitzers vorausgegangen sein, welches ihn nach den sonstigen Grundsätzen über Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen (§§ 704, 722—726, 728) verantwortlich macht. Nur in Ansehung der Grundstücke, bei welchen ein solches Handeln nach der Natur der Dinge in vielen und überaus wichtigen Fällen nicht angenommen werden kann, verhält es sich anders. Indessen auch hinsichtlich der Grundstücke hat das Gesetz nur wegen des Einsturzes der darauf befindlichen Gebäude und sonstigen Werke Vorsorge zu treffen. Durch den Einsturz der auf Grundstücken befindlichen Gebäude und ähnlichen Werke können zahlreiche Dritte in erheblichstem Maße geschädigt werden. Der Gesetzgeber hat den dringendsten Anlaß, zur thunlichsten Verhütung solcher Schäden durch positive Bestimmungen einzugreifen, welche in der einen oder anderen Weise den Eigenthümer oder Besitzer für die an den Einsturz sich knüpfenden Schäden verantwortlich machen. Die sog. vitia loci (l. 24 §§ 2—5 D. de damno inf. 39, 2) und die Bäume (l. 24 § 9 D. eod.; vergl. auch österr. G. B. § 343) können dabei außer Betracht bleiben. In dieser Hinsicht, sowie in Ansehung der Herrichtung von Anlagen, welche einem Nachbargrundstücke Schaden drohen, genügen die dem Sachenrechte angehörenden Vorschriften des Nachbarrechtes (vergl. §§ 855, 864—866), sowie die polizeirechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen, wobei in Betracht kommt, daß die Uebertretung jener nachbarrechtlichen Vorschriften und ein aus dem Polizei- oder Strafrechte sich ergebendes Delikt auch die Verpflichtung zum Schadensersatze nach Maßgabe der §§ 704, 722—726, 728 nach sich ziehen kann. Die vitia loci in das vorliegende Gesetz mit hineinzuziehen, ist außerdem deshalb bedenklich, weil die Beseitigung derselben dem Eigenthümer oder Besitzer oft ohne die größten Unbilligkeiten nicht angesonnen werden kann.

Prinzip der Verantwortlichkeit.

Anlangend das Prinzip, von welchem das Gesetz in Beziehung auf die dem Eigenthümer oder Besitzer aufzuerlegende Verantwortung auszugehen hat, so ist der Standpunkt des geltenden Rechtes und der neueren Gesetzgebungen in dieser Hinsicht ein verschiedener.

Geltendes Recht.

Nach röm. Rechte haben der Eigenthümer des bedachten Nachbargrundstückes und gewisse andere in Betreff des Grundstückes interessirte Personen gegen den Eigenthümer des schadendrohenden Grundstückes nur einen Anspruch auf Kautionsleistung wegen des drohenden Schadens, d. h. einen Anspruch darauf, daß dieser ihnen den Ersatz des künftig in Folge der fehlerhaften Beschaffenheit des Grundstückes etwa entstehenden Schadens verspreche. Ohne Vermittelung eines solchen Schadensersatzversprechens kann der Beschädigte auch nach den Grundsätzen der cautio damni infecti in der Regel Schadensersatz nicht beanspruchen (vergl. l. 6, l. 44 pr. D. de damno inf. 39, 2). Aber auch der Anspruch des Bedrohten auf Leistung des Schadensersatzversprechens ist kein unbedingter, so daß die Leistung des Versprechens direkt erzwungen werden könnte; vielmehr kann der Eigenthümer, wie bei den durch Sklaven und Thiere angerichteten Schäden durch Hingabe des Sklaven oder des Thieres an den Beschädigten, so hier durch Preisgeben des Grundstückes

sich von der Verbindlichkeit befreien. Nur wird dieser Grundsatz der noxae datio hier in anderer Weise, nämlich durch das Immissionsverfahren (missio ex primo et ex secundo decreto), verwirklicht. Von dem Grundsatze, daß dem Beschädigten jeder Anspruch auf Ersatz versagt ist, wenn der Schaden eintritt, bevor ihm das Schadensersatzversprechen gegeben war, macht das röm. Recht jedoch eine Ausnahme für solche Fälle, in denen der Beschädigte „non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit" oder in denen er zwar das Seinige gethan hat, um ein Schadensersatzversprechen zu erlangen, ihm dies aber trotzdem nicht gelungen ist. An diesen Grundsätzen des röm. Rechtes hält die in Doktrin und Praxis herrschende Meinung auch für das gemeine Recht fest; doch wird auch die Ansicht vertreten, daß nach heutigem Rechte in den Fällen, in welchen nach röm. Rechte der Anspruch auf Leistung der cautio damni infecti bestehe, auch ohne vorgängiges Versprechen Ersatz des Schadens verlangt werden könne, wenigstens dann, wenn der Beschädigte den Eigenthümer des schadendrohenden Grundstückes vor dem Eintritte des Schadens zur Beseitigung der Gefahr aufgefordert habe.

Von den neueren Gesetzgebungswerken steht das österr. G. B. § 343 insofern auf dem Boden des gemeinen Rechtes, als es nur dem „Besitzer eines dinglichen Rechtes", nicht überhaupt jedem durch den Einsturz mit Schaden Bedrohten, einen besonderen Schutz gewährt und dieser Schutz nur in einem Rechte auf Sicherstellung wegen des künftigen Schadens besteht. Dagegen knüpfen die meisten neueren Gesetzgebungen die Verpflichtung zum Schadensersatze unmittelbar an den bloßen Thatbestand, daß der Schaden bringende Einsturz in einem Fehler bei der Errichtung oder in einem Mangel bei der Unterhaltung sich gründet; auch geben sie Jedem, welcher durch den Einsturz beschädigt worden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz. Insofern schließen sie sich dem gemeinen Rechte an, als sie — wenigstens dem Wortlaute nach — die Verpflichtung zum Schadensersatze von einem Verschulden des Ersatzpflichtigen nicht abhängig machen (vergl. code civil Art. 1386; sächs. G. B. § 351; zür. G. B. § 1885; schweiz. Bd. Ges. Art. 67; hess. Entw. Art. 672, bayr. Entw. Art. 950). Dagegen ist nach preuß. A. L. R. I, 6 §§ 36, 37 verb. mit I, 6 §§ 10 ff. der Eigenthümer des Gebäudes nur dann ersatzpflichtig, wenn er schuldhafter Weise versäumte, das Gebäude in baulichem Stande zu erhalten. Der Standpunkt des dresd. Entw. Art. 1028 in der hier fraglichen Beziehung ist unklar. Dem Wortverstande nach setzt er ein Verschulden des Eigenthümers zwar in dem Falle voraus, wenn der Einsturz in Folge einer fehlerhaften Errichtung, nicht aber auch in dem Falle, wenn derselbe in Folge einer mangelhaften Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes erfolgt ist.

Der vorliegende Entwurf (Abs. 1) ist dem Prinzipe des preuß. A. L. R. gefolgt. Auf einem ähnlichen Prinzipe beruht der § 734. Dieses Prinzip verdient den Vorzug vor dem von den meisten neueren Gesetzgebungen angenommenen Prinzipe einer gesetzlichen Obligation, denn es entfernt sich am wenigsten von den allgemeinen Grundsätzen; es vermeidet außerdem die großen Härten, welche von dem letzteren Prinzipe untrennbar sind, und ist zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes genügend. Insbesondere kann auch kein Bedürfniß anerkannt werden, nach dem Vorbilde des § 729 die durch Gegen- Entwurf:

beweis zu entkräftende Vermuthung aufzustellen, daß die in Rede stehende gesetzliche Pflicht verletzt und durch diese Verletzung der Einsturz verursacht sei, zumal auch an eine solche Vermuthung sich ähnliche Härten, wie an das Prinzip der gesetzlichen Obligation — obschon in geringerem Maße — knüpfen können. Aehnliche Erwägungen sprechen auch dagegen, in Anlehnung an den der cautio damni infecti des röm. Rechtes zu Grunde liegenden Gedanken (vergl. auch zür. G. B. § 1888) den Besitzer ohne Rücksicht auf ein Verschulden dann zum Schadensersatze zu verpflichten, wenn er von dem durch den Einsturz Bedrohten vorher aufgefordert worden ist, für Abwendung des aus der Fehlerhaftigkeit des Gebäudes oder sonstigen Werkes drohenden Schadens zu sorgen. Gegen die Aufnahme einer solchen Bestimmung spricht außerdem, daß sie die Einfachheit des Gesetzes beeinträchtigt und Streitfragen hervorzurufen droht, daß sie auch zu Mißbräuchen führen und der Besitzer durch die vorausgesetzte Mahnung zu unnützen und kostbaren Einrichtungen und Vorkehrungen verleitet werden kann. Bei dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung fehlt es zudem an einem Bedürfnisse für eine derartige Vorschrift.

Bei der näheren Bestimmung des Inhaltes der dem Besitzer des Grundstückes aufzuerlegenden gesetzlichen Verpflichtung braucht der Fall einer auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhenden fehlerhaften, den Einsturz nach sich ziehenden Errichtung eines Gebäudes oder sonstigen Werkes nicht besonders berücksichtigt zu werden, da eine solche Errichtung vermöge der darin liegenden positiven Thätigkeit schon an sich ein nach Maßgabe der §§ 704, 722—726, 728 bezw. der §§ 711—713 zum Schadensersatze verpflichtendes Delikt ist (vergl. auch §§ 330, 367 Nr. 14 des Str. G. B. und dazu Entsch. d. R. G. bei Gruchot XXVII S. 895 ff.; Entsch. d. R. G. in Civils. VI, 73, VIII, 60; ferner hess. Entw. Art. 672 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 950 Abs. 2). In Betracht kommt aber der Fall, wenn der Besitzer selbst das Gebäude oder Werk nicht errichtet, sondern die Errichtung einem Sachverständigen überlassen hat. In einem solchen Falle ist der Besitzer verpflichtet, sobald er den Fehler erkannt hat oder hat erkennen müssen, für die Beseitigung des Fehlers oder des Gebäudes bezw. Werkes zu sorgen (vergl. auch bayr. Entw. Art. 950 Abs. 3). Ob und inwieweit dem Besitzer des Grundstückes in einem solchen Falle, wenn er auf Grund des § 735 Schadensersatz geleistet hat, der Regreß gegen denjenigen zusteht, welcher das Gebäude oder Werk fehlerhaft errichtet hat (vergl. code civil Art. 1792; schweiz. Bd. Ges. Art. 67), ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen (vergl. die §§ 714, 337, 338, 569—572).

Verpflichtung des Grundstücksbesitzers.

Während die meisten neueren Gesetzgebungswerke den Eigenthümer des Gebäudes oder Werkes für den Schaden verantwortlich machen, welcher durch den Einsturz in Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung verursacht wird (vergl. preuß. A. L. R. I, 8 §§ 36, 37, I, 21 § 54; code civil Art. 1386; sächs. G. B. § 351; schweiz. Bd. Ges. Art. 67; hess. Entw. Art. 672, bayr. Entw. Art. 950, dresd. Entw. Art. 1028), hat der Entwurf die in Rede stehende gesetzliche Verpflichtung dem Besitzer des Grundstückes, d. h. demjenigen auferlegt, welcher das Grundstück mit dem Willen inne hat, dasselbe als das seinige zu haben (vergl. § 797). Es erscheint unbillig, dem Eigenthümer, welcher nicht Besitzer und daher wegen des fehlenden Besitzes regelmäßig auch

außer Stande ist, die Verpflichtung zu erfüllen, diese gleichwohl aufzuerlegen. Die Unbilligkeit wird dadurch nicht gehoben, daß der Eigenthümer gegen den Besitzer Regreß nehmen und ein solches Regreßrecht ihm, wenn nöthig, auch besonders beigelegt werden kann. Der Regreß wird nicht immer Erfolg haben, beseitigt auch nicht den unter Umständen empfindlichen Nachtheil, die Mittel zur Befriedigung des Beschädigten zunächst herbeischaffen zu müssen. Weit einfacher und auch in jeder anderen Beziehung angemessener ist es, den Besitzer als die verpflichtete Person zu bezeichnen, wie dies auch den Bestimmungen des röm. Rechtes über die cautio damni infecti insofern entspricht, als nach denselben außer dem Eigenthümer auch der Besitzer, mindestens der redliche Besitzer, zur Kautionsleistung verpflichtet ist. Eine Unzuträglichkeit kann sich daraus, daß dem Besitzer, ohne Unterschied, ob er redlicher oder unredlicher Besitzer ist, die Verantwortlichkeit zugewiesen wird, nicht ergeben.

Eine Ausnahme macht der Abs. 2 jedoch für den Fall, wenn auf fremdem Grund und Boden von einem Dritten in Ausübung eines (dinglichen oder persönlichen) Rechtes ein Gebäude oder sonstiges Werk gehalten wird (vergl. § 785). In einem solchen Falle soll den Dritten, z. B. den Erbbauberechtigten oder den Pächter, die im ersten Absatze des § 735 bezeichnete Verantwortlichkeit an Stelle des Besitzers des Grundstückes treffen, da in diesem Falle nicht der letztere, sondern der Dritte als der Besitzer des betreffenden Gebäudes oder Werkes erscheint und mithin regelmäßig auch nur der Dritte im Stande ist, die in Rede stehende Verpflichtung zu erfüllen (vergl. bayr. Entw. Art. 950 Abs. 1). des zur Haltung des Gebäudes Berechtigten,

Im Einklange mit der Vorschrift des § 734 Abs. 2 bestimmt ferner der Abs. 3, daß die gleiche Verantwortlichkeit, wie die im ersten Absatze bezeichnete, denjenigen trifft, welcher für den nach den Bestimmungen des ersten und zweiten Absatzes Verpflichteten die Unterhaltung des Werkes übernommen hat (vergl. bayr. Entw. Art. 950 Abs. 1). Die Bestimmung beruht auf ähnlichen Gründen, wie die, welche zu der Vorschrift des § 734 Abs. 2 geführt haben. dritter Uebernehmer der Unterhaltung.

§ 736.

Der § 736 betrifft die Frage, inwiefern ein Beamter wegen Verletzung einer ihm obliegenden Amtspflicht einem Dritten zum Ersatze des hieraus demselben entstehenden Schadens verpflichtet ist (vergl. auch §§ 1702, 1503). Verletzung der Amtspflicht.

Anlangend das geltende Recht, so enthalten die röm. Rechtsquellen keine allgemeinen Vorschriften über die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht. Nur gegen den Richter, welcher ein ungerechtes Urtheil gefällt hat, wird der dadurch verletzten Partei ein Anspruch auf Schadensersatz gewährt; es ist aber bestritten, ob ein solcher Anspruch nach röm. Rechte nur im Falle des dolus oder auch im Falle einer culpa oder doch einer culpa lata begründet ist (vergl. l. 15 § 1 D. de jud. 5, 1; l. 6 D. de extraord. cogn. 50, 13). Auf die Haftung des Richters wegen Fällung eines ungerechten Urtheils (sog. Syndikatsklage) beziehen sich auch verschiedene ältere deutsche Reichsgesetze (Reichskammergerichtsordnung v. 1555 Th. I Tit. 53 Geltendes Recht.

§§ 5, 6, 10; jüngster Reichsabschied v. 1654 Art. 157). Ob und inwieweit durch diese Gesetze die Bestimmungen des röm. Rechtes eine Aenderung erfahren haben oder nicht, ist indessen ebenfalls streitig. Manche finden in jenen reichsgesetzlichen Bestimmungen nur eine Bestätigung der Grundsätze des röm. Rechtes über die sog. Syndikatsklage, Andere sind der Ansicht, daß durch dieselben das röm. Recht geändert und die Syndikatsklage ausdrücklich auf den Fall des dolus beschränkt sei. Eine weitere Meinung stimmt mit der zuletzt gedachten zwar darin überein, daß die reichsgesetzlichen Bestimmungen nur die Haftung des Richters wegen dolus aussprechen, weicht jedoch darin ab, daß sie nach den allgemeinen Grundsätzen des röm. Rechtes oder nach Analogie der Bestimmungen über die Haftung des mensor (vergl. l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6) dem dolus die culpa lata auch hier gleichstellen will. Die gemeinrechtliche Praxis ist theils dieser letzteren Ansicht gefolgt (vergl. Seuffert XIV, 140 unter Nr. 1, XXI, 57, XXII, 48), theils erkennt sie nur für den Fall des dolus eine Haftung des Richters an (Seuffert XXIV, 241).

Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes gewähren aber gegen den seine Amtspflicht verletzenden Richter einen Anspruch auf Schadensersatz auch wegen solcher bei Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommener Amtshandlungen, welche nicht in der Fällung eines Urtheiles bestehen; doch gehen die Ansichten darüber auseinander, ob der Richter in Ansehung dieser anderen Amtshandlungen nur wegen dolus und culpa lata oder auch wegen culpa levis haftet. Die Praxis schwankt, zeigt aber eine entschiedene Neigung, den Richter, abgesehen von dem Falle eines ungerechten Urtheiles, für omnis culpa verantwortlich zu machen (vergl. dafür Seuffert I, 166, III, 327, V, 174, XVII, 120, 123, XXI, 57, XXV, 110; dagegen Seuffert XIV, 140 Nr. 1, XXII, 48, XXXV, 264). Dasselbe gilt von der Haftung nichtrichterlicher Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht (vergl. Seuffert II, 54, III, 326, V, 135, 287, X, 51, XV, 189, XVI, 113, XX, 38, XXI, 57, XXV, 110; Entsch. d. R. G. in Civils. XVII, 26).

Von den neueren Gesetzgebungen haben das österr. G. B. (vergl. § 1341), der code civil und das schweiz. Bd. Ges. neben den allgemeinen Bestimmungen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen keine besonderen Bestimmungen über die Haftung der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht aufgenommen; doch enthält das schweiz. Bd. Ges. Art. 64 den Vorbehalt, daß über die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, Bundes- oder Kantonalgesetze abweichende Bestimmungen aufstellen können. Nur die Haftung der Richter hat das franz. Recht im code de proc. Art. 505 ff. besonders geregelt, indem es bestimmt, daß, abgesehen von den Fällen, in welchen das Gesetz die Regreßklage ausdrücklich zugelassen hat oder die Richter unter der Strafe des Schadensersatzes für verantwortlich erklärt (vergl. code civil Art. 2063), gegen den Richter eine Regreßklage statthaft sei, wenn er sich im Laufe des gerichtlichen Verfahrens oder bei der Entscheidung einer Arglist, eines Betruges oder einer Erpressung schuldig gemacht habe oder eine Verweigerung der Rechtsprechung vorliege (vergl. außerdem über die Haftung der Zivilstandsbeamten code civil Art. 51, 52). Auch in Oesterreich sind in Ansehung der Haftung der richter-

lichen Beamten wegen der von den letzteren in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit verursachten, auf Verschulden beruhenden Rechtsverletzungen durch Gesetz v. 12. Juli 1872 besondere Vorschriften ergangen.

Eine andere Gruppe von Gesetzgebungen hat dagegen die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht Dritten gegenüber ganz allgemein geregelt. Dahin gehört insbesondere das preuß. A. L. R., welches in dem Titel: „Ueber die Rechte und Pflichten der Diener des Staates" (II, 10 §§ 88—91, 127—145) die desfallsigen näheren Bestimmungen enthält. Durch die Verordnung v. 23. September 1867, betr. die allgemeine Regelung der Staatsdienerverhältnisse in den neu erworbenen Landestheilen, (§ 1) sind jene Bestimmungen des preuß. A. L. R. auch auf die neu erworbenen Landestheile Preußens ausgedehnt (vergl. Urth. d. R. G. bei Gruchot XXVIII S. 968 ff.; Seuffert XLI, 18). Die preuß. Doktrin nimmt an, daß nach den §§ 88, 89 II, 10 A. L. R. die Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen dritten Personen auch für geringes Versehen verantwortlich sind. Die Praxis des vormaligen Obertribunales zu Berlin hat in dieser Beziehung geschwankt. In einem Urtheile v. 22. Februar 1856 (Striethorst Bd. 20 Nr. 18 S. 195 ff.) hat dasselbe ausgesprochen, daß der Beamte wegen geringen Versehens nicht hafte, weil der § 89 a. a. O. nur auf Haftung wegen mäßigen Versehens hinweise. In einem späteren Urtheile v. 16. März 1868 (Striethorst Bd. 70 Nr. 36 S. 188 ff.) geht dagegen das Obertribunal davon aus, daß auch schon ein geringes Versehen die Verantwortlichkeit des Beamten begründe (vergl. auch Striethorst Bd. 25 Nr. 50 S. 251 ff., Bd. 33 Nr. 59 S. 274 ff.). In demselben Sinne hat das Reichsgericht erkannt (vergl. Gruchot XXVIII S. 968 ff.).

Nicht unbestritten ist, ob und inwieweit auch der Richter wegen seiner Thätigkeit bei Fällung eines Urtheiles in Anspruch genommen werden kann, indem es in dieser Beziehung an einer ausdrücklichen besonderen Bestimmung fehlt (vergl. noch preuß. A. G. O. III, 1 § 23). Ein Präjudiz des Obertribunales v. 6. März 1838 Nr. 443 (Samml. d. Präj. I S. 205; Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 3 Nr. 30 S. 253 ff.) hat in dieser Hinsicht folgende Sätze aufgestellt:

1. Die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Verbindlichkeiten der Beamten, die bei der Verwaltung ihres Amtes begangenen Versehen zu vertreten, finden auf die von einem Richter in streitigen Sachen gesprochenen Urtheile nicht Anwendung.

2. Die unterliegende Partei ist nicht berechtigt, den Spruchrichter wegen eines bei Abfassung des rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses von ihm angeblich begangenen Versehens auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.

Die preuß. Doktrin nimmt indessen überwiegend an, daß der Richter bei seiner Spruchthätigkeit wegen dolus und culpa lata haftbar sei. Eine dritte Ansicht geht noch weiter, indem sie die allgemeinen Vorschriften über die Haftung der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht auch auf den Spruchrichter für anwendbar erachtet.

Einverständniß besteht aber darüber, daß der Richter in Betreff solcher Amtshandlungen, die er nicht als Spruchrichter vornimmt, den anderen Beamten gleichsteht, soweit nicht in dieser Beziehung die Vertretungspflicht des Richters

durch besondere Bestimmungen (vergl. A. L. R. I, 6 § 133, I, 11 §§ 355, 358 verb. mit dem Ges. betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegl. Vermögen, v. 13. Juli 1883 §§ 86, 87, 89 verglichen mit §§ 78, 75, A. L. R. I, 12 §§ 140, 141, 158, 97) geregelt ist.

Nach dem sächs. G. B. kann derjenige, welcher durch absichtliche Verschuldung oder grobe Fahrlässigkeit eines richterlichen Beamten bei Verhandlung oder Entscheidung eines Rechtsstreites oder in Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit Schaden erleidet, dessen Ersatz von dem schuldigen Beamten fordern (§ 1506). Nicht minder haften die von dem Staate oder von den Gemeinden angestellten Verwaltungsbeamten für den Schaden, welchen sie bei Behandlung der ihnen obliegenden Geschäfte absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursachen (§ 1507). Mit diesen Bestimmungen des sächs. G. B. stimmen das zür. G. B. §§ 1852, 1854, der hess. Entw. Art. 684, der bayr. Entw. Art. 953 und der dresd. Entw. Art. 1029 im Wesentlichen überein; doch erstreckt sich die Vorschrift des hess. Entw. nicht auch auf Verwaltungsbeamte, und hat in Ansehung der letzteren der dresd. Entw. den Landesgesetzen die Befugniß vorbehalten, abweichende Bestimmungen zu treffen.

Anlangend die Haftung der Reichsbeamten wegen Verletzung der Amtspflicht, so bestimmt das Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 § 13, daß jeder Reichsbeamte für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich ist. Im Uebrigen und insbesondere auch in Betreff des näheren Inhaltes jener Verantwortlichkeit und der einzelnen damit zusammenhängenden, im Reichsbeamtengesetze nicht entschiedenen Fragen finden die Grundsätze des für die Rechtsstellung des betreffenden Reichsbeamten maßgebenden Partikularrechtes Anwendung.

Standpunkt des Entwurfes.

Es läßt sich in Zweifel ziehen, ob es vom Standpunkte des Entwurfes aus in Ansehung der Verpflichtung der Beamten, den aus der Verletzung einer Amtspflicht entstandenen Schaden zu ersetzen, besonderer Bestimmungen überhaupt bedarf, ob nicht vielmehr die prinzipielle Vorschrift des § 704 in Verbindung mit dem § 705 und den §§ 722—726, 728 vollkommen genügt und es bei demjenigen zu belassen ist, was sich aus jenen Vorschriften für die Vertretung des aus einem Beamtendelikte entstandenen Schadens ergiebt. Nach dem § 704 zieht jede aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verübte widerrechtliche Handlung die Verpflichtung zum Ersatze des dadurch einem Anderen zugefügten Schadens nach sich. Verletzt ein Beamter eine Amtspflicht und ist die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht (vergl. die §§ 322—335, 336, 339—345, 348—353, 353a, 354, 355, 357, 174 Nr. 2 und 3 des Str. G. B.), so kann nicht zweifelhaft sein, daß wegen Verletzung eines absoluten Verbotes eine widerrechtliche Handlung im Sinne des ersten Absatzes des § 704 vorliegt; wird ohne amtliche Berechtigung durch die Pflichtverletzung in den Kreis der absoluten Rechte eines Anderen eingegriffen, so ergiebt sich ebenso zweifellos eine widerrechtliche Handlung im Sinne des zweiten Absatzes des § 704. Es erübrigen diejenigen Verletzungen der Amtspflicht, welche weder zu der einen noch zu der anderen der vorbezeichneten beiden Gruppen gehören. Von dem kaum zur Anwendung geeigneten § 705 abgesehen, ist bei diesen Pflichtverletzungen zu unterscheiden,

ob die verletzte Dienstpflicht dem Beamten nur dem Dienstherrn (dem Staate, der Gemeinde u. s. w.) gegenüber, oder ob sie zugleich jedem Dritten gegenüber auferlegt ist. Ist die Dienstpflicht nach der Dienstvorschrift, durch welche die Amtspflicht bestimmt wird, dem Beamten auch Dritten gegenüber mit rechtsverbindlicher Kraft auferlegt, so ist unbedenklich eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704 wegen Verletzung eines absoluten Verbotes anzunehmen. Die Entscheidung der Frage aber, ob die verletzte konkrete Dienstvorschrift so oder anders zu verstehen ist, hängt in jedem konkreten Falle von der Auslegung der betreffenden Dienstvorschrift ab.

Es fehlt an zureichenden Gründen, die Anwendbarkeit des § 704 und der zur Ergänzung desselben dienenden Bestimmungen der §§ 722—726, 728 auf solche Pflichtverletzungen, welche in den allgemeinen Strafgesetzen vorgesehen sind oder einen unberechtigten Eingriff in den Kreis der absoluten Rechte eines Anderen enthalten, gänzlich auszuschließen und die Regelung der Vertretungspflicht in Betreff derselben besonderen Gesetzen vorzubehalten oder diese Vertretungspflicht zu Gunsten der Beamten durch die Bestimmung zu beschränken, daß der Beamte — in Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen — nur für grobes Versehen verantwortlich sei. Ebensowenig ist ein zureichender Grund vorhanden, rücksichtlich der übrigen Pflichtverletzungen die Verantwortlichkeit der Beamten unter Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen auf die Fälle einer vorsätzlichen oder einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Pflichtverletzung zu beschränken oder der Regelung durch besondere Gesetze vorzubehalten. Bedenklich ist es aber, rücksichtlich dieser Pflichtverletzungen auf Grund der obigen Ausführungen im Gesetzbuche gänzlich zu schweigen. Das Stillschweigen läßt ein doppeltes Mißverständniß besorgen. Bei der kurzen Fassung des § 704 kann leicht die — anscheinend dem Standpunkte verschiedener der oben gedachten neueren Gesetzgebungen entsprechende — Auslegung Vertretung finden, daß jede Verletzung einer Amtspflicht als eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704 anzusehen sei. Das Ergebniß einer solchen Auslegung ist aber unhaltbar. Die Beamten schlechthin für den Schaden, welcher aus der Verletzung irgend einer Dienstpflicht einem Dritten entstanden ist, nach Maßgabe des § 704 verantwortlich zu machen, würde bei der großen Zahl der Dienstvorschriften, welchen nur der Karakter von bloßen Ordnungsvorschriften beiwohnt, zu unerträglichen Härten führen. Umgekehrt kann, wenn das Gesetz schweigt, auch die Ansicht Raum gewinnen, daß die Verletzung der Amtspflicht, sofern dieselbe nicht in den allgemeinen Strafgesetzen vorgesehen sei oder einen unberechtigten Eingriff in den Kreis der absoluten Rechte eines Anderen enthalte, auf Grund des § 704 niemals zum Schadensersatze verpflichte, da die verletzte Pflicht nur als obligatorische gegenüber dem Staate, der Gemeinde u. s. w. als Dienstherrn bestehe und demzufolge auch nur der Dienstherr einen Anspruch auf Schadensersatz zu erheben vermöge. Diese Auffassung ist unvereinbar mit den Grundsätzen, auf welchen der § 704 beruht. Zur Vermeidung der hervorgehobenen Zweifel ist es als rathsam erachtet, im Abs. 1 den Gedanken zum Ausdrucke zu bringen, daß ein Beamter, welcher die ihm Dritten gegenüber gesetzlich obliegende Amtspflicht aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verletzt, eine widerrechtliche Handlung begeht,

Haftung nach allgemeinen Grundsätzen.

Schuldh. Verletzung einer Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht,

welche ihn nach Maßgabe des § 704 und der zur Ergänzung des letzteren dienenden Bestimmungen der §§ 722—726, 728 für den aus der Verletzung der Amtspflicht einem Dritten entstandenen Schaden verantwortlich macht.

Die Aufnahme der im ersten Absatze des § 736 vorgeschlagenen Bestimmung nöthigt aber dazu, die in dem Abs. 3 enthaltene Vorschrift hinzuzufügen; denn nach der ersten Bestimmung würde auch der Spruchrichter jede auf Fahrlässigkeit beruhende Pflichtverletzung zu vertreten haben. Es läßt sich dies um deswillen nicht bezweifeln, weil die Amtspflicht des Spruchrichters, bei der Ausübung seiner Verrichtungen mit der gebührenden Aufmerksamkeit zu verfahren, nicht blos dem Staate, sondern auch den Parteien gegenüber besteht. Dies ergiebt sich nicht allein aus der Natur der Sache, sondern auch aus dem Gerichtsverfassungsgesetze. Eine solche ausgedehnte, nach Obigem auch im Allgemeinen dem geltenden Rechte nicht entsprechende Verantwortlichkeit des Spruchrichters verträgt sich jedoch nicht mit der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unentbehrlichen Unabhängigkeit der Gerichte. Der Spruchrichter darf der Gefahr nicht ausgesetzt sein, nachträglich wegen irrthümlicher Auslegung des Gesetzes, wegen irriger Anwendung des letzteren auf den zu entscheidenden Fall, wegen unrichtiger oder unterbliebener Würdigung eines Parteivorbringens oder eines Beweismittels u. dergl. vor einem anderen Richter zur Verantwortung gezogen zu werden. Eine solche Gefahr raubt ihm schon die zur Ausübung des Richteramtes nöthige Unbefangenheit und macht ihn zu dieser Ausübung ungeeignet. Der Spruchrichter darf nur verantwortlich sein, wenn er das Recht gebeugt bezw. bei Ausübung seines Amtes einer in den allgemeinen Strafgesetzen vorgesehenen Pflichtverletzung sich schuldig gemacht hat. Auch der Vorwurf einer groben Fahrlässigkeit darf zur Begründung der Ersatzpflicht nicht zugelassen werden. Der Unterschied zwischen grober und nicht grober Fahrlässigkeit ist ein so feiner und hängt so sehr von dem bloßen Ermessen desjenigen ab, welcher die Entscheidung zu treffen hat, daß von demselben zur Erreichung des gedachten Zweckes abzusehen ist. Dieser Standpunkt entspricht nach Obigem auch der Praxis des preuß. Rechtes, dem franz. Rechte und einer auch in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis vielfach vertretenen Ansicht.

bei Entscheidung von Rechtssachen.

Die Fassung betreffend, so nimmt der Abs. 3 des § 736 einmal auf die Vorschriften des § 543 Ziff. 5 der C. P. O. und des § 399 Ziff. 3, sowie des § 402 Ziff. 3 der Str. P. O., sodann auf den § 336 des Str. G. B. Rücksicht. Die Anlehnung an den § 336 des Str. G. B. macht insbesondere klar, daß zwischen Zivil- und Strafrichter nicht zu unterscheiden ist, daß ferner die Vorschrift auch auf diejenigen Beamten sich bezieht, welche, ohne Richter im engeren Sinne zu sein, Rechtssachen zu entscheiden haben.

Haftung nicht subsidiär.

Im Anschlusse an eine auch in der gemeinrechtlichen Dokrin und Praxis vielfach vertretene, von anderen Seiten aber bestrittene Ansicht bestimmt das preuß. A. L. R. II, 10 § 91, daß der Anspruch auf Schadensersatz gegen einen Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht ein subsidiärer ist, d. h. nur dann stattfindet, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachtheiligen Folgen der Pflichtverletzung abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist. Andere neuere Gesetzgebungswerke schließen den Schadensersatzanspruch gegen

den Beamten aus, wenn der Beschädigte den Schaden durch den Gebrauch ihm sonst zustehender gesetzlicher Mittel (Rechtsmittel, Beschwerde) hätte abwenden können (vergl. sächs. G. B. §§ 1506, 1507; zür. G. B. §§ 1582, 1584; hess. Entw. Art. 684 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 953 Abs. 3). Nach dem dresd. Entw. Art. 1029 ist es Voraussetzung des Schadensersatzanspruches, daß der Beschädigte den Schaden durch den Gebrauch der ihm sonst zustehenden gesetzlichen Mittel nicht abwenden konnte. Wenngleich Rücksichten der Billigkeit und die Rücksicht auf das bestehende Recht sich dafür anführen lassen, die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten nur als eine subsidiäre zu gestalten, so ist es doch als bedenklich erachtet, in dieser Beziehung zu Gunsten der Beamten von den allgemeinen Grundsätzen, nach welchen die Haftung derselben für den aus ihrer Pflichtverletzung wirklich entstandenen Schaden nicht eine blos subsidiäre ist, abzuweichen, zumal durch die Anerkennung einer nur subsidiären Haftpflicht der Beamten dem verletzten Dritten die Verfolgung seiner Schadensersatzansprüche erheblich erschwert wird. Da jedoch das Landesrecht darüber bestimmt, ob eine dem Landesbeamten obliegende Pflicht als eine ihm auch gegenüber Dritten auferlegte Pflicht im Sinne des § 736 Abs. 1 anzusehen ist, so liegt es nahe, der Landesgesetzgebung auch die Bestimmung darüber zu überlassen, ob als Temperament der Haftung des Beamten gegenüber Dritten diese Haftung nur eine subsidiäre sein soll. Aus diesem Grunde ist dem Einführungsgesetze die in der Anm. zu § 736 bezeichnete Bestimmung vorbehalten.

Vorbehalt für die Landesgesetze.

Uebrigens sind mit der Frage der Subsidiarität der Haftung nicht die anderen Fragen zu verwechseln, ob und inwieweit im konkreten Falle aus der Pflichtverletzung ein Schaden als wirklich entstanden anzusehen und ob und inwiefern der Anspruch auf Ersatz des aus der Pflichtverletzung entstandenen Schadens dadurch ausgeschlossen ist, daß der Beschädigte die nachtheiligen Folgen der Pflichtverletzung durch den Gebrauch von Rechtsmitteln hätte abwenden können, er dies aber schuldvoller Weise versäumt hat. In ersterer Hinsicht sind die allgemeinen Grundsätze über den Begriff des Schadens, in letzterer Hinsicht die Grundsätze des § 222 maßgebend.

Kausalzusammenhang.

Mitwirkende Schuld des Beschädigten.

Ist ein Beamter wegen Verletzung seiner Amtspflicht für den von einem Anderen einem Dritten zugefügten Schaden neben dem Anderen verpflichtet, so sind für den Regreß im Verhältnisse der Mitverhafteten unter einander an sich die allgemeinen Vorschriften der §§ 337, 338 maßgebend. Die Gründe der Billigkeit jedoch, auf welchen die Vorschriften des § 713 beruhen, lassen es als angemessen erscheinen, in den im Abs. 2 näher bezeichneten Fällen den Beamten im Verhältnisse zu dem mitverhafteten Anderen nur in zweiter Linie für verantwortlich zu erklären. Ein Bedürfniß, in dieser Hinsicht anstatt der reichsgesetzlichen Regelung den Landesgesetzgebungen Raum zu lassen, liegt nicht vor. Es ist nicht abzusehen, welches Interesse die Landesgesetzgebung daran haben könnte, in den in Rede stehenden Fällen die Haftpflicht des Beamten im Verhältnisse zu dem Mitverhafteten, welcher in erster Linie den Schaden verursacht hat, zu verschärfen. Um so unbedenklicher ist es, das Regreßverhältniß reichsgesetzlich in der im Abs. 2 bestimmten Art zu regeln, als das Landesrecht darüber bestimmt, inwieweit einem Beamten nur

Haftung neben Anderen bei versäumter Aufsicht 2c.

Regreß.

eine Beaufsichtigung der Geschäftsführung eines Anderen für einen Dritten und eine Mitwirkung zu einer solchen Geschäftsführung durch Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung zu Rechtsgeschäften oder aber die Verwaltung selbst, z. B. der Abschluß der Rechtsgeschäfte, obliegen soll. Soweit der Beamte selbst zu verwalten oder mitzuverwalten hat, findet die Vorschrift des Abs. 2 nach ihrem Inhalte keine Anwendung. Auch im Hinblicke auf die in Verhältnissen der hier fraglichen Art stehenden Reichsbeamten empfiehlt es sich, die in Rede stehende Frage reichsgesetzlich zu regeln.

Haftung eines Kollegiums. Gemeinrechtlich gehen die Ansichten darüber auseinander, ob, wenn die Pflichtverletzung von einer Kollegialbehörde ausgegangen ist, nur die schuldigen Mitglieder der letzteren oder die sämmtlichen Mitglieder, wenigstens diejenigen, welche an der verletzenden Verfügung theilgenommen haben, oder das Kollegium als solches in Anspruch genommen werden könne. Das preuß. A. L. R. II, 10 §§ 127 ff. geht von dem Grundsatze aus, daß die Mitglieder eines Kollegiums sämmtlich für die dem Kollegium obliegenden Geschäfte einzustehen haben; doch wird dieser Grundsatz durch eine Reihe detaillirter Vorschriften theils modifizirt, theils näher bestimmt. Nach den meisten neueren Gesetzgebungswerken haften dagegen in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze immer nur die schuldigen Beamten, indem wegen der Haftung von Mitgliedern eines Kollegiums besondere positive Vorschriften nicht gegeben sind (vergl. sächs. G. B. § 1506, 1507; zür. G. B. § 1858, hess. Entw. Art. 684, bayr. Entw. Art. 953, dresd. Entw. Art. 1029). Dem Vorgange dieser letzteren Gesetzgebungswerke ist der Entwurf gefolgt. Ein Bedürfniß, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen durch positive Bestimmungen dem Beschädigten in dem in Rede stehenden Falle die Verfolgung seines Ersatzanspruches zu erleichtern, kann nicht anerkannt werden. Eine solche Begünstigung des Beschädigten kann auf der anderen Seite für die nichtschuldigen Mitglieder zu großen Härten führen, die auch durch einen Regreß der letzteren gegen die schuldigen Mitglieder keineswegs in allen Fällen beseitigt werden. Inwiefern, wenn mehrere Personen den Schaden verschuldet haben, dieselben als Gesammtschuldner haften und derjenige von ihnen, welcher Ersatz geleistet hat, gegen die anderen Regreß nehmen kann, ergiebt sich aus den §§ 713, 714, 337, 338.

Vorentscheidung wegen Ueberschreitung der Amtspflicht. Durch die Bestimmung des § 736 bleiben selbstverständlich die dem Privatrechte überhaupt nicht angehörenden landes- und reichsgesetzlichen Vorschriften unberührt, durch welche der Anspruch auf Schadensersatz gegen einen Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde darüber gebunden ist, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht hat (vergl. § 11 d. Einf. Ges. zum Gerichtsverfassungsgesetze).

Haftung des Staates. Unberührt bleibt ferner die öffentlichrechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat denjenigen Schaden zu ersetzen hat, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufügt. Ueber die Haftung des Staates und der Gemeinden wegen eines solchen Schadens, welchen ein Beamter in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht Dritten verursacht, vergl. § 46.

Haftung öff. Sachverständiger. Geltendes Recht.

Im Zusammenhange mit den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht enthalten das sächs. G. B. § 1508 und der dresd. Entw. Art. 1030 noch besondere Vorschriften über die Haftung öffentlich angestellter Sachverständiger und Schätzer, indem sie bestimmen, daß dieselben, wenn sie innerhalb ihres Wirkungskreises in Angelegenheiten ihrer Kunst oder Wissenschaft absichtlich oder aus grober Fahrlässigkeit ein unrichtiges Gutachten abgeben oder eine unrichtige Schätzung aufstellen, dem Beschädigten zum Ersatze des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet sind. Dieselbe Bestimmung, jedoch in Ausdehnung auf alle, auch die nicht öffentlich angestellten Sachverständigen und Schätzer, findet sich im hess. Entw. Art. 685 und im bayr. Entw. Art. 954. Die Quelle jener Bestimmungen sind die Vorschriften des röm. Rechtes über die Haftung des mensor. Das röm. Recht giebt demjenigen, welcher sich durch einen Feldmesser Messungen besorgen läßt, gegen den letzteren im Falle unrichtiger Messung nur eine Deliktsklage auf Schadensersatz wegen dolus und culpa lata, indem es dieses Verhältniß nicht als ein eigentliches Vertragsverhältniß behandelt. Mittels jener Klage können aber auch Dritte, welche ihrerseits die Dienste des Feldmessers nicht in Anspruch genommen hatten, Ersatz des ihnen durch die unrichtige Messung entstandenen Schadens fordern (l. 1 pr. § 1, l. 3 §§ 1, 4 D. si mensor 11, 6). Ob die Grundsätze des röm. Rechtes über die Haftung des mensor demjenigen gegenüber, welcher seine Dienste in Anspruch genommen hat, auch gemeinrechtlich noch anwendbar sind, ist bestritten; in Theorie und Praxis wird vielfach angenommen, daß nach heutigem Rechte das Verhältniß zwischen dem mensor und demjenigen, welcher dessen Dienste benutzt, nach den Grundsätzen des Dienstvertrages zu beurtheilen sei und deshalb der mensor dem anderen Kontrahenten auch wegen culpa levis hafte. Dagegen sind die Grundsätze des röm. Rechtes jedenfalls insoweit, als Dritte beschädigt sind, noch praktisch, und zwar wenden Theorie und Praxis jene Bestimmungen analog auf alle Fälle an, in denen Sachverständige, insbesondere solche, welche mit staatlicher Ermächtigung ihre Dienste dem Publikum anbieten, in Ausübung ihres Berufes, namentlich durch Ausstellung unrichtiger Gutachten und Zeugnisse, Dritte beschädigen.

Standpunkt des Entwurfes.

In den Entwurf sind (in Uebereinstimmung mit dem preuß. A. L. R., dem österr. G. B., dem code civil und dem schweiz. Bd. Ges.) besondere Bestimmungen über die Haftung der in Rede stehenden Personen wegen Verletzung der Berufspflicht nicht aufgenommen. Insofern die oben gedachten neueren Gesetzgebungswerke nach dem Wortverstande der betreffenden Vorschriften den Sachverständigen oder Schätzer auch dann, wenn er sich strafbar gemacht (vergl. § 163 des Str. G. B.) oder seinen kontraktlichen Pflichten demjenigen gegenüber, welcher seine Dienste in Anspruch genommen hat, nicht genügt, nur wegen grober Fahrlässigkeit für verantwortlich erklären, sind jene Vorschriften unrichtig und mit den sonstigen Grundsätzen des Entwurfes (§§ 704, 224, 144) nicht vereinbar. Insoweit sie aber bestimmen, daß ein solcher Sachverständiger oder Schätzer wegen grober Fahrlässigkeit für den einem Dritten dadurch entstandenen Schaden verantwortlich sei, schaffen sie in nicht zu billigender Weise ein besonderes zivilrechtliches Delikt. Zu einer solchen positiven Satzung liegt ein Bedürfniß nicht vor. Der Umstand, daß durch ein Versehen der fraglichen

Art ein Dritter leicht Schaden erleiden kann, ist als ein zureichender Grund für die Angemessenheit der Vorschrift nicht anzusehen. Es giebt noch eine große Zahl anderer und weit wichtigerer Fälle, in welchen Jemand — insbesondere, wenn er zu einem gewissen Gewerbe nach vorheriger Prüfung und dergl. konzessionirt oder zugelassen ist — durch Verletzung einer in Ausübung des Gewerbes übernommenen obligatorischen Verpflichtung einen Anderen als den Gläubiger beschädigen kann. Erklärt ihn das Gesetz für den Schaden verantwortlich, so wird von einem fundamentalen Grundsatze in der eingreifendsten Weise abgewichen. Weshalb eine solche Abweichung gerade zum Nachtheile des aus grober Fahrlässigkeit fehlenden, wenn auch öffentlich angestellten, gleichwohl der Beamtenqualität entbehrenden Sachverständigen oder Schätzers sich rechtfertigt, ist nicht abzusehen. Liegt Beamtenqualität vor, so beurtheilt sich die Verantwortung nach § 736. Die öffentliche Anstellung der Beamtenqualität gleichzustellen, kann nur zu einer unrichtigen Beurtheilung der letzteren und zu gefährlichen Irrungen führen. Wäre sie gerechtfertigt, so würde übrigens auch die Vertretung wegen nicht grober Fahrlässigkeit bestimmt, insoweit also über die oben gedachten Vorschriften des sächs. G. B. und des dresd. Entw. hinausgegangen werden müssen. Diese Ausdehnung würde auch schon deshalb nöthig sein, weil die Haftung nur für grobes Versehen in Deliktsfällen, wenigstens vom Standpunkte des Entwurfes aus (vergl. §§ 704, 144), als eine kaum haltbare Anomalie erscheint. Für die Fälle, in welchen ein Sachverständiger oder Schätzer vorsätzlich ein unrichtiges Gutachten abgegeben oder eine unrichtige Schätzung aufgestellt und dadurch einen Dritten beschädigt hat, reichen die allgemeinen Grundsätze aus (§ 704 verb. mit den §§ 705, 604 das. und den §§ 154, 155, 156, 277—280 des Str. G. B.).

Vierter Abschnitt.
Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen.

Erster Titel.
Bereicherung.

Vorbemerkung.

Die Vorschriften des Entwurfes über die Bereicherung, d. h. über die Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung (Kondiktionen), beruhen nicht auf dem in der früheren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis mißverständlich aufgestellten und gehandhabten allgemeinen Billigkeitssatze, Niemand dürfe sich mit dem Schaden eines Anderen bereichern, noch auf dem ähnlichen der Versionsklage des preuß. A. L. R. zu Grunde liegenden Prinzipe, daß derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet worden, dasselbe in Natur zurückzufordern oder eventuell für den Werth Vergütung zu beanspruchen berechtigt sei[1]). Der Entwurf (§§ 737—748) stellt die Grundsätze über die Kondiktionen wesentlich im Anschlusse an die heutzutage herrschende und als richtig anzuerkennende Anschauung auf, wonach die Kondiktionen persönliche Ansprüche auf Rückgängigmachung desjenigen an sich nach den maßgebenden Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbes sind, welcher eines Rechtsgrundes entbehrt. Der Mangel des rechtfertigenden Grundes ist aber auf verschiedene rechtlich relevante Umstände zurückzuführen, welche die Wirksamkeit der eingetretenen Rechts- und Vermögensänderung derart affiziren, daß deren Wiederaufhebung verlangt werden kann. Auf der Verschiedenheit jener Umstände beruht die im Entwurfe enthaltene Klassifizirung der Kondiktionen[2]). In erster Linie kommt diesfalls in Betracht der Mangel der Voraussetzung, unter welcher eine Leistung bewirkt wurde (§§ 737 ff., 742, 745). Prinzip der Kondiktionen

---

[1]) S. Eccius II § 147, § 148, § 150 A. 9; preuß. A. L. R. I, 13 §§ 262—264.

[2]) So auch das sächs. G. B. §§ 1519 ff., das schweiz. Bd. Ges. Art. 70 ff und die neueren Entwürfe: hess. Entw. Art. 640 ff., bayr. Entw. Art. 902 ff., dresd. Entw. Art. 976 ff.; Windscheid §§ 421—423. Den Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 16 §§ 166 ff. liegt dagegen das Prinzip zu Grunde, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern dürfe (I, 13 §§ 262—264). Die Bestimmungen des österr. G. B. §§ 1431, 1435 sind in dieser Beziehung nicht klar. Der code civil bringt die Kondiktionen unter die Kategorie von Quasikontrakten (Zachariä II § 442).

Persönlicher Anspruch.

Ist durch einen den Vermögensübergang an sich begründenden Akt das Vermögen des Einen vermindert und das Vermögen eines Anderen vermehrt und fehlt hierzu ein rechtlicher Grund, so hat jener gegen den letzteren den persönlichen Anspruch auf Zurückgewährung des ohne Rechtsgrund Empfangenen und nur gegen den letzteren. Der die Kondiktion begründende Thatbestand ist grundsätzlich ein unmittelbar zwischen dem Benachtheiligten und dem Bereicherten eingetretener; gegen Dritte besteht der Kondiktionsanspruch nicht. Der Vertretene und der Vertreter sind selbstverständlich nach den Grundsätzen von der freien Stellvertretung nicht Dritte im Rechtssinne[1]). Insoweit die Vermögensverschiebung auf einer rechtsgeschäftlichen Thätigkeit desjenigen beruht, dessen Vermögen zu Gunsten des anderen Theiles (des Bereicherten) vermindert wurde, wird der Grundsatz des Entwurfes von der Abstraktheit des sog. dinglichen Vertrages, wonach die Gültigkeit und Wirksamkeit des die Veräußerung enthaltenden dinglichen Vertrages unabhängig ist von dem Vorhandensein oder der Gültigkeit der zu Grunde liegenden causa[2]), für die Anwendbarkeit der Kondiktionen von der höchsten Bedeutung. Ist der dingliche Vertrag selbst rechtsgültig vollzogen, der betreffende Vermögensgegenstand also auf den Bereicherten übergegangen, so kann im Falle eines Mangels in der unterliegenden causa nur kondizirt werden.

Abstraktheit des Leistungsgeschäftes.

Gegenstand der Kondiktion;

Den möglichen Gegenstand der Kondiktion bildet Alles, was als Vermögenswerth oder Vermögensbestandtheil angesehen werden kann, durch dessen Uebergang aus dem Vermögen des Einen in dasjenige eines Anderen der letztere bereichert wird, insbesondere z. B. auch die Begründung und der Erlaß einer Obligation[3]). Ausdrücklich erkennt der Entwurf auch den Besitz und die Inhabung als Kondiktionsgegenstand an (§ 737 Abs. 3, §§ 744, 745, 748, condictio possessionis). Besitz und Inhabung sind, wenn sie auch nicht als Rechte im subjektiven Sinne aufzufassen sein mögen, doch ökonomische Rechtsgüter; denn sie gewähren werthvolle Rechtspositionen, wie sich bei der Geltendmachung des Eigenthumes, bei der Tradition, der Ersitzung, bei den Vorschriften über die Sachvertheidigung und die possessorischen Klagen zeigt. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht schon ohne besondere Bestimmung die Kondizirbarkeit des Besitzes und der Inhabung aus den Vorschriften über die Kondiktionen zu folgern wäre. In Betracht kommen vornehmlich die Fälle, in welchen das Nichteigenthum des früheren Besitzers oder Inhabers feststeht. Ist mit dem Willen, durch Einräumung, der Besitz oder die Inhabung von dem Einen auf den Anderen übergegangen, so könnte immerhin ein Zweifel auf die Annahme gestützt werden, daß es an einem Uebergange eines Gegenstandes aus einem Vermögen in das andere Vermögen im strengen Wortsinne fehle, insofern die Thätigkeit des Leistenden dem Anderen nicht Besitz und Inhabung verschafft, sondern nur die Gelegenheit zur Ergreifung gewährt habe (§ 803). Hiernach kann, wenn die Einräumung einen Eigenthumsübergang nicht herbeigeführt hat, immerhin bezweifelt werden, ob durch dieselbe der Uebergang aus dem einen Vermögen

insbesondere Besitz rc.

---

1) § 737 Abs. 1, § 742, § 745 Abs. 1, § 747, § 748. Keine actio in rem scripta.

2) Vergl. §§ 290, 294 Abs. 2, §§ 829, 834, 874, 983, 1174.

3) Vergl. §§ 684, 290.

in das andere vermittelt worden ist, insbesondere dann, wenn nur die Inhabung eingeräumt wurde. Noch näher mögen solche Zweifel in den Fällen der condictio sine causa liegen, in welchen zwar auch der Verlust auf der einen und die Erwerbung auf der anderen Seite durch denselben Vorgang vermittelt sind, dieser Vorgang sich aber nicht mit dem Willen oder nicht mit dem rechtsgültigen Willen des Verlierenden vollzogen hat, indem es hier (z. B. bei der Spezifikation) an einem Erfüllungsakte fehlt und lediglich eine Verschiebung der thatsächlichen Herrschaft vorliegt. Es erscheint daher, zumal im Hinblicke auf den bekannten, in der Wissenschaft bestehenden Streit, rathsam, den Zweifel durch Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung zu beseitigen. Die Schwierigkeit der Werthsermittelung, wenn an Stelle der Naturalrückgewähr der Werthsersatz tritt (§ 739), steht der Zulassung der condictio possessionis selbstverständlich nicht entgegen. Der Richter wird nach den konkreten Umständen den Werth immer ermitteln können (vergl. auch § 825). Aus der Anerkennung des Besitzes und der Inhabung als selbständig kondizirbarer Vermögensgegenstände folgt, daß der Kondizent behufs der Begründung der Kondiktion sein Recht zum Besitze oder zur Inhabung oder sein Interesse an dem Besitze oder der Inhabung nicht näher zu bezeichnen oder zu beweisen hat. Andererseits steht dem Empfänger gegenüber der condictio possessionis die Geltendmachung petitorischer Einreden, zumal die Geltendmachung eigenen Rechtes an der Sache frei; die Kondiktion ist kein possessorisches Rechtsmittel (§ 822)[1].

Einrede aus dem Kondiktionsanspruche.

Der Kondiktionsanspruch begründet immer auch eine Einrede, welche übrigens, als lediglich aus dem Anspruche erflossen, nicht selbständig ist, vielmehr mit dem letzteren verjährt[2]. In Ansehung der Verjährung gelten die allgemeinen Grundsätze, soweit nicht für spezielle Kondiktionsfälle positiv ein Anderes bestimmt ist[3].

I. Leistung einer Nichtschuld.

§ 737.

Voraussetzung: Leistung

Wer zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Verbindlichkeit nicht bestanden hat, das Geleistete von dem Empfänger zurückfordern (condictio indebiti). Gleichgültig ist, ob der unmittelbare Gegenstand der vermeintlichen Verbindlichkeit geleistet oder statt desselben eine andere Leistung bewirkt wurde (§ 264); ebenso, ob der vermeintliche Schuldner oder für denselben ein Dritter unveranlaßt geleistet hat. Die Leistung muß erfolgt sein zum Zwecke der Erfüllung, d. h. in Annahme des Bestehens der Verbindlichkeit und deshalb in der Voraussetzung des rechtlichen

zum Zwecke der Erfüllung,

---

1) Vergl. §§ 2052—2054. Windscheid §§ 161, 421, 422, 423; Seufferts Archiv XIX Nr. 152, XXXIV Nr. 45 (R. O. H. G.); Motive zu § 1519 sächs. G. B. (Siebenhaar II S. 391); bayr. Entw. Art. 920.

2) Selbständigen Karakter hat die Einrede ausnahmsweise gegenüber dem Schuldversprechen (§ 684; vergl. § 1952).

3) Vergl. § 1230, § 922 Abs. 2.

in Voraussetzung der Tilgung. Erfolges der Tilgung dieser Verbindlichkeit. In der That bildet die condictio indebiti hiernach einen Unterfall der condictio ob rem (§ 742), welcher aber schon wegen seiner Häufigkeit und Wichtigkeit besonders zu normiren ist, zumal die Voraussetzung hier mindestens zugleich auf einen der Vergangenheit angehörenden Umstand sich bezieht. Die auch hier nöthige Erklärung des Leistenden, daß er zu jenem Zwecke und in jener Voraussetzung leiste, liegt bei einer Leistung behufs der Erfüllung einer Verbindlichkeit begriffsnothwendig immer vor. Ist die Erklärung nicht ausdrücklich abgegeben, so wird sie sich aus den Umständen ergeben (stillschweigende Erklärung). Würde aber das Gesetz auch hier (vergl. § 742) hervorheben, daß jene ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung abgegeben sein müsse, so könnte dies dazu verleiten, in manchen Fällen der nur stillschweigenden Erklärung des Leistenden das Gesetz von der Anwendung auszuschließen.

Nichtbestehen 2c. der Schuld, Das Geleistete kann zurückgefordert werden, wenn die Verbindlichkeit überhaupt nicht bestanden hatte (§ 664) oder wieder erloschen war, sowie wenn dem Anspruche auf die Leistung eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wurde[1]. Die

Einrede. Hervorhebung dieser Wirkung der (materiellen) peremtorischen Einreden entspricht den ähnlichen Bestimmungen in § 1093, § 1192 Abs. 2. Die mit einer peremtorischen Einrede belastete Forderung ist, wenn der Schuldner die Einrede dem Gläubiger gegenüber geltend macht, so anzusehen, als ob sie rechtlich nie bestanden hätte. Im konkreten Falle ist also zu prüfen, ob aus einem bestimmten Verhältnisse oder Vorgange eine peremtorische Einrede erfließt[2]. Eine Ausnahme von dem Prinzipe des Abs. 3 ist gemacht in Ansehung der Einrede der Verjährung (vergl. § 182).

Im Uebrigen sind, abgesehen von § 738, im Hinblicke auf allgemeine Grundsätze Detailbestimmungen darüber, wann in Ansehung der condictio indebiti eine Verbindlichkeit als nicht bestehend zu erachten, entbehrlich. Zweifellos ist z. B. die condictio indebiti zuläßig, wenn eine suspensiv bedingte Verbindlichkeit vor Eintritt der Bedingung erfüllt wurde (§ 128). Ebenso, wenn an einen Anderen, als den wirklichen Gläubiger geleistet wurde, wofern nicht die Leistung unter Umständen erfolgte, an welche das Gesetz den Liberationseffekt für den leistenden Schuldner knüpft[3]. Dagegen ist diese condictio nach der Auffassung des Entwurfes von der Aufrechnung und nach deren Gestaltung (§§ 281 ff.) unzuläßig, wenn von dem Aufrechnungsrechte kein Gebrauch gemacht worden ist; unzuläßig, wenn das Anfechtungsrecht (§§ 112 ff.) nicht ausgeübt wurde, vorbehaltlich der letzterenfalls bei nachträglich erfolgter Anfechtung zuläßigen condictio ob rem oder ob causam finitam. Der Entwurf schweigt darüber, ob die condictio indebiti dadurch ausgeschlossen wird, daß

Anstandspflicht 2c. durch die Leistung einer Anstands- oder Sittlichkeitspflicht genügt ist. Ist zur Erfüllung einer nicht vorhandenen Rechtspflicht geleistet, so kommt das Vor-

---

[1] Windscheid § 82 Note 3, Eccius § 150 A. 43; sächs. G. B. § 1520; hess. Entw. Art. 641, 642, bayr. Entw. Art. 903, 904, dresd. Entw. Art. 976, 977.

[2] Dies trifft z. B. zu hinsichtlich der Einrede des Inventares (§ 2092).

[3] Z. B. §§ 266, 304, 305, 306, 307, 2077; s. zu § 748.

handensein einer im Allgemeinen als Verpflichtung überhaupt nicht anerkannten unvollkommenen Verpflichtung nicht in Betracht, soweit nicht für bestimmte Verhältnisse aus besonderen Gründen die condictio indebiti versagt ist[1]). Nicht ausgeschlossen ist insbesondere die Zurückforderung nicht geschuldeter Zinsen[2]). Der Entwurf schweigt auch in Ansehung der Frage, ob der Gemeinschuldner, welcher nach Beendigung des Konkurses durch Akkord mehr gezahlt hat, als er nach dem Akkorde zu zahlen hatte, zur condictio indebiti berechtigt sei. Es besteht kein Bedürfniß, in diesem Falle eine unvollkommene Obligation in dem Sinne anzuerkennen, daß die condictio indebiti bezüglich der Zuvielleistung unzulässig wäre.

Irrthum des Leistenden über das Bestehen der Schuld;

Die Frage, ob zur Begründung der condictio indebiti die Behauptung und der Beweis genügt, die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet worden, habe nicht bestanden (Abs. 1, 2), oder ob außerdem noch besonders zu behaupten und zu beweisen ist, die Leistung sei durch einen Irrthum in Ansehung des Bestehens der Verbindlichkeit veranlaßt, ist gemeinrechtlich bestritten und in der modernen Gesetzgebung verschieden beantwortet. Der Entwurf (Abs. 4) entscheidet die Frage aus Rücksichten der praktischen Angemessenheit und Zweckmäßigkeit dahin, daß der besondere Beweis des Irrthumes dem Kondizenten erlassen, vielmehr die Kondiktion als ausgeschlossen erklärt wird, wenn der Kondizent zur Zeit der Leistung Kenntniß von der Nichtexistenz der Forderung (Abs. 2) hatte. Diese Kenntniß hat der Empfänger erforderlichenfalls zu beweisen. Verlangt man von dem Kondizenten den besonderen Nachweis des Irrthumes, so ist, wie die Erfahrung in den Rechtsgebieten, in welchen der Leistende einen solchen Beweis zu führen hat, lehrt, die Folge, daß entweder gegen das materielle Recht der Kondizent sachfällig wird, oder daß man dem Kondizenten jenen Beweis auf Grund der Vermuthung, Niemand erfülle ohne Irrthum eine nicht bestehende Verbindlichkeit, thatsächlich abnimmt. In der That handelt es sich hiernach nur um die Beweislast. Auch nach der von dem Entwurfe adoptirten Anschauung ist die condictio indebiti von einem Irrthume abhängig; ist in Kenntniß von dem Nichtbestehen einer Verbindlichkeit geleistet, so ist nicht zum Zwecke der Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet[3]). Keiner Rechtfertigung bedarf es, daß der Entwurf der Thatsache, daß der Empfänger den Empfang der Leistung böslich leugnet, keinen Einfluß auf die Beweisfrage einräumt. Schon das preuß. A. L. R., das österr. G. B., der code civil und neuestens das schweiz. Bd. Ges. haben die aus dem röm. Rechte

Beweis.

---

[1]) Anders preuß. A. L. R. I, 16 §§ 178, 179; österr. G. B. § 1432; code civil Art. 1235; schweiz. Bd. Ges. Art. 72 Abs. 2; s. § 182 Abs. 2, § 664, § 1500 (vergl. § 1952 Abs. 3, §§ 2016, 2018).

[2]) Anders code civil Art. 1906; bayr. Entw. Art. 628 Abs. 3, Art. 632.

[3]) S. Entsch. d. vorm. R. O. H. G. XXIII S. 319. Im gemeinen Rechte besteht Streit: Windscheid § 426 Nr. 5 (l. 25 D. de probat. 22,3); das preuß. A. L. R. I, 16 §§ 166, 178, 181, das österr. G. B. §§ 1431, 1432, der code civil Art. 1376, 1377 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 72 Abs. 1 behandeln den Irrthum als Theil des Klagfundamentes. Das sächs. G. B. §§ 1519, 1523, 1533, und die neueren Entwürfe (hess. Entw. Art. 641, 644, 645, 652, 653, bayr. Entw. Art. 903, 907, 908, 912, 913, dresd. Entw. Art. 976, 987) stellen die Rechtsvermuthung für den Irrthum des Leistenden auf.

Beschaffenheit des Irrthumes. stammende Strafe des muthwilligen Leugnens nicht aufgenommen[1]). Auf die Entschuldbarkeit des Irrthumes, sowie darauf, ob der Irrthum Thatsachen betraf oder ein Rechtsirrthum war, kommt es nicht an[2]). Dagegen ist der hier relevante Irrthum nicht als bloßer Irrthum in den Motiven aufzufassen; vielmehr muß er als Voraussetzung des Bestandes der Verbindlichkeit in dem schon erwähnten Sinne hervorgetreten sein.

Zweifel über das Bestehen der Schuld. Nur wirkliche Kenntniß vom Nichtbestande der Verbindlichkeit schließt die Zurückforderung des Geleisteten aus, dergestalt, daß der bloße Zweifel am Bestehen der Verbindlichkeit der Kenntniß des Nichtbestehens nicht gleichsteht. Ist freilich in der erkennbaren Absicht geleistet, daß es bei der Leistung verbleiben solle, auch wenn die Verbindlichkeit nicht bestehen möchte, so kann wegen des eventuellen Verzichtes auf den Erstattungsanspruch und im Hinblicke auf die Bestimmung in Abs. 1 nicht kondizirt werden. Weder in der einen noch in der anderen Richtung ist eine Bestimmung nöthig.

Zurückforderung des Geleisteten; Mit der Kondiktion wird das Geleistete zurückgefordert einschließlich etwa mitübergebener Zubehörungen (Abs. 1). Die näheren Modalitäten des Anspruches — Beschränkung und Umfang desselben — ergeben sich aus den Vorschriften der §§ 739, 740, 741. Aus dem Gegenstande der Leistung ergiebt sich, was der Empfänger seinerseits zu leisten hat, um dem Rückforderungsanspruche gerecht zu werden. Bei der condictio possessionis (wenn z. B. zum Zwecke der Erfüllung eines vermeintlich über ein Grundstück geschlossenen Kaufvertrages das Grundstück vor der Auflassung übergeben worden ist) ist der Besitz (die Inhabung) wieder einzuräumen. Behufs der Rückgewährung indebite zu Eigenthum übertragener Sachen ist Tradition, bezw. Auflassung erforderlich. Sind indebite Rechte an einer Sache bestellt oder aufgegeben worden, so hat der Empfänger nach den maßgebenden allgemeinen Grundsätzen diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche seinerseits zur Wiederaufhebung bezw. zur Wiederherstellung dieser Rechte erforderlich sind. Ist eine Verbindlichkeit indebite übernommen worden, so hat der Empfänger den Schuldner zu befreien und die diesfalls ausgestellten Schuldurkunden zurückzugeben (§ 290). Eine indebite erlassene Verbindlichkeit ist wiederherzustellen. Eine indebite zedirte Forderung muß auf den Leistenden wieder übertragen werden. Desgleichen ist über den Fall, wenn indebite Dienste geleistet wurden oder eine Sache zum Gebrauche oder Fruchtgenusse überlassen worden ist, eine besondere Bestimmung entbehrlich. Die Verpflichtung des Empfängers ergiebt sich, soweit es sich nicht um Rückgabe der Sache handelt, aus § 739[3]).

---

[1]) S. Windscheid § 426 N. 20; sächs. G. B. § 1533; hess. Entw. Art. 653, bayr. Entw. Art. 912, dresd. Entw. Art. 987.

[2]) Im gemeinen Rechte bestritten: Windscheid § 426 N. 14. Die sämmtlichen modernen Kodifikationen unterscheiden dagegen nicht, ob der Irrthum entschuldbar ist oder nicht, insbesondere ob ein Rechtsirrthum oder ein Irrthum über Thatsachen vorliegt; so auch das schweiz. Bd. Ges. Art. 72 (gegen das zür. G. B. §§ 1216, 1220—1222).

[3]) Vergl. Windscheid § 421; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 196, 197; österr. G. B. § 1431; sächs. G. B. §§ 1529—1531; hess. Entw. Art. 658, bayr. Entw. Art. 920—924, dresd. Entw. Art. 983—985; schweiz. Bd. Ges. Art. 70, 72.

Auch über die an sich nicht zweifelsfreie Frage, wie sich das Rückforderungsrecht in dem Falle gestaltet, wenn der Schuldner durch datio in solutum eine nur theilweise bestehende Verbindlichkeit erfüllt hat, giebt der Entwurf keine Entscheidung. Es besteht kein Bedürfniß, die Lösung der Zweifel der Wissenschaft zu entziehen; es handelt sich um seltene Fälle, denen eine erhebliche praktische Bedeutung nicht beiwohnt[1]). bei datio in solutum.

§ 738.

Die Bestimmung, daß die zum Zwecke der Erfüllung einer nur betagten Verbindlichkeit vor deren Fälligkeit bewirkte Leistung nicht kondizirt werden könne, entspricht dem geltenden Rechte[2]). Der Gläubiger ist durch die zu frühe Leistung nicht bereichert, da er auf die Leistung einen Anspruch hatte, welchen er durch den Empfang eingebüßt hat. Eine Bereicherung könnte nur insofern angenommen werden, als der Gläubiger durch die Leistung vor dem Verfalle Vortheile erlangt hat, welche dem Schuldner entgehen. Die Bestimmung dieses Vortheiles unterliegt aber großen Schwierigkeiten. Es handelt sich diesfalls um die Rechnung mit der bloßen Möglichkeit, Vortheile aus dem zu früh geleisteten Gegenstande in der Zeit bis zur Fälligkeit zu ziehen. Der Entwurf spricht demgemäß dem Leistenden das Recht ab, von dem Gläubiger Zwischenzinsen zu verlangen. Diese Bestimmung steht zugleich in Harmonie mit derjenigen des § 232. In wesentlich gleicher Weise entscheidet insbesondere auch das preuß. Recht[3]). Ausschluß der Kondiktion bei Leistung vor Fälligkeit.

Nach dem allgemeinen Satze „dolo facit, qui petit, quod redditurus est" kann von dem Empfänger auch dasjenige nicht zurückgefordert werden, was ihm sofort zurückzugeben und demgemäß zu belassen ist. Eine darauf abzielende Bestimmung ist überflüssig, wäre aber auch nicht unbedenklich, insofern hieraus geschlossen werden könnte, auch diesfalls solle der Anspruch auf die Bereicherung für die Vergangenheit, d. h. auf Herausgabe der Nutzungen für die Zwischenzeit, bevor das Recht des Empfängers auf Belassung des Gegenstandes entstanden war (z. B. vor Eintritt der Bedingung, vor Eintritt des Erbfalles), versagt sein[4]).

---

[1]) Die Gesetze, welche die Frage behandeln, stehen auf verschiedenem Standpunkte: Rückforderung der ganzen Sache Zug um Zug gegen Erfüllung der ursprünglichen Verpflichtung (um die Herausgabe zu Miteigenthum zu verhüten: l. 26 § 4 D. 12, 6, l. 84 pr. D. de R. J. 50, 17, dresd. Entw. Art. 981); Forderung auf Erstattung des entsprechenden Mehrwerthes unter Belassung der Sache beim Gläubiger (preuß. A. L. R. I, 16 § 191; hess. Entw. Art. 649 Abs. 2). Im Uebrigen schweigt die Gesetzgebung über diesen Fall.

[2]) Windscheid § 426 Note 8; österr. G. B. § 1434; code civil Art. 1185, 1186; sächs. G. B. § 1521; hess. Entw. Art. 643, bayr. Entw. Art. 905, dresd. Entw. Art. 977 Abs. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 72 (Schneider und Fick S. 85 A. 1).

[3]) Preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 168, 169; dagegen für das gemeine Recht Windscheid § 426 N. 8.

[4]) Sächs. G. B. § 1520; dresd. Entw. Art. 977 Abs. 2.

§ 739.

Verbindlichkeit des gutgl. Empfängers.

Die §§ 739, 740 bestimmen über die besondere Beschaffenheit des Kondiktionsanspruches und der entsprechenden Verbindlichkeit des Empfängers, sofern dieser in gutem Glauben an den Bestand der Verbindlichkeit die Leistung empfangen hat (§ 741).

Herausgabe des Empfangenen;

Der Empfänger ist in erster Linie verpflichtet, die empfangene Leistung, einschließlich des aus dem Geleisteten Erworbenen (vergl. § 740), herauszugeben. Nach den für die Schuldverpflichtungen geltenden allgemeinen Regeln würde der Empfänger von dieser Verpflichtung nur insofern befreit werden, als die Herausgabe durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden wäre, und er hätte, wenn die Unmöglichkeit von ihm durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Handlung verursacht worden, Schadensersatz zu leisten. In Abweichung hiervon, aber im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[1]), bestimmt der Entwurf, daß, falls der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches das Geleistete herauszugeben außer Stande ist, er dem Kondizenten zwar den gemeinen Werth des Geleisteten (vergl. § 220) zu vergüten habe, daß jedoch die Verbindlichkeit zur Herausgabe und zur Werthvergütung insoweit wegfalle, als der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Kondiktionsanspruches durch das Geleistete nicht mehr bereichert ist (§ 739 Abs. 1, 2). Der Empfänger ist hiernach haftfrei, wenn und soweit er zu der entscheidenden Zeit das Empfangene resp. den Werth nicht mehr hat und die durch den Empfang entstandene Bereicherung wieder weggefallen ist, gleichviel, ob der Grund in einem Zufalle oder in einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Handeln oder sonstigen Gebahren des Empfängers bestand. Die Verpflichtung beschränkt sich diesfalls auf die Herausgabe dessen, was der Empfänger von dem Geleisteten oder dem Werthe des Geleisteten zu der gedachten Zeit noch hat, und dessen, um was er zu jener Zeit durch das Geleistete (z. B. durch Verzehren und Ersparen, Verbrauchen, Veräußern) bereichert ist. Nach der Bestimmung in § 739 Abs. 1 und 2 hat aber der Empfänger zu beweisen, daß er zur Restitution des Geleisteten außer Stande ist. Dies entspricht allgemeinen Grundsätzen.

ev. Werthsersatz bezw. Bereicherung.

Bei der Vorschrift, daß der Leistende an Stelle des Geleisteten, wenn der Empfänger es herauszugeben außer Stande ist, den Werth des Geleisteten zu vergüten habe, geht der Entwurf von der Unterstellung aus, daß regelmäßig der Werth des Geleisteten in das Vermögen des Empfängers übergegangen ist und zur Zeit der Rechtshängigkeit sich noch voll in seinem Vermögen befindet, vorbehaltlich des dem Empfänger offenstehenden Beweises, daß eine wirkliche Bereicherung nicht eingetreten oder eine eingetretene wieder weg-

---

[1]) S. (zunächst abgesehen von der Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen) Windscheid § 424 N. 3; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 190 ff. (Eccius II § 150 A. 82 ff.); code civil Art. 1377 ff. (Zachariä II § 442); österr. G. B. §§ 1431, 1437 (Unger II § 128 N. 46); sächs. G. B. §§ 1526, 1527; schweiz. Bd. Ges. Art. 73; hess. Entw. Art. 654 ff., bayr. Entw. Art. 914 ff., dresd. Entw. Art. 981, 982 ff.

gefallen sei. Die Aufstellung jener Vermuthung ist nöthig und geeignet, um zahlreichen Streitigkeiten in gerechter Weise vorzubeugen. Der Entwurf unterstellt der gleichen Regel den Fall, wenn die Beschaffenheit der Leistung von vornherein ein Herausgeben ausschließt (z. B. im Falle indebite geleisteter Dienste). Auch hier tritt, wie in dem Falle, wo der Empfänger die an sich möglich gewesene Naturalrestitution zu bewirken außer Stande ist, die Verpflichtung zur Vergütung des gemeinen Werthes der Leistung ein (§ 739 Abs. 1). Diese Gleichstellung ist wegen der Uebereinstimmung der in Betracht kommenden Verhältnisse durchaus gerechtfertigt. In Ansehung der Frage, nach welchem Zeitpunkte der Werth der Leistung im einen wie im anderen Falle sich bestimmt, giebt der Entwurf jedoch keine Vorschrift. Diesfalls, wie hinsichtlich des Begriffes der Bereicherung überhaupt in den denkbar verschiedenen Fällen, darf der Wissenschaft und Praxis nicht vorgegriffen werden. Soviel ergiebt sich übrigens aus dem Begriffe der Bereicherung, daß bei der Prüfung, ob und in welchem Umfange eine solche vorhanden ist, in concreto auf die gesammte Vermögenslage des Empfängers Rücksicht zu nehmen ist. Kaum der Bemerkung bedarf es ferner, daß für die Kondiktionen in Ansehung der Frage, wann und ob eine Bereicherung anzunehmen ist, aus der zunächst nur für den Schenkungsbegriff maßgebenden Vorschrift des § 439 ein Argument nicht abzuleiten ist. Den Wegfall der Bereicherung, sowie den Umfang, in welchem die Bereicherung weggefallen, hat, wie durch die Fassung des Entwurfes ausgedrückt ist, immer der Empfänger einredeweise zu behaupten und zu beweisen[1]). *Begriff der Bereicherung.*

Die Grundsätze des § 739 Abs. 1, 2 gelten nach dem Entwurfe auch dann, wenn der Gegenstand der Leistung eine Quantität vertretbarer Sachen war. Es fehlt an Gründen, diesen Fall anders zu beurtheilen, als den Fall der Leistung anderer Sachen[2]). *Leistung vertretbarer Sachen.*

Im Uebrigen enthält sich der Entwurf, wie bemerkt, einer Bestimmung über den Begriff der Bereicherung oder des Wegfalles derselben. Zweifellos kann der Empfänger den Wegfall der Bereicherung dann und insoweit geltend machen, als durch das Geleistete, im Kausalzusammenhange mit dem Empfange und Haben des Geleisteten, sein Vermögen gemindert wurde. Es ist auch eine spezielle Vorschrift für die Frage entbehrlich, wie der Wegfall der Bereicherung durchzuführen ist, wenn eine in sich bestimmte Sache herauszugeben und durch diese Sache unmittelbar das Vermögen des Empfängers beschädigt worden ist. Zweifellos liegt solchenfalls eine den gänzlichen oder theilweisen Wegfall der Bereicherung in sich schließende Vermögensminderung vor und ist der Empfänger jedenfalls nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 233 ff. dies- *Vermögensminderung durch die Leistung.*

---

[1]) Seufferts Archiv XXXIV Nr. 45 (R. O. H. G.).

[2]) Gemeinrechtlich bestritten; der Entwurf folgt der herrschenden Meinung mit dem sächs. G. B., österr. G. B., schweiz. Bd. Ges. und dem dresd. Entw. Der Anschauung, daß der Empfänger einer Quantität vertretbarer Sachen unbedingt eine gleiche Quantität zu restituiren habe (wie der Darlehensempfänger), folgen das preuß. A. L. R. a. a. O. § 193 (Eccius a. a. O. A. 82), der code civil Art. 1378 ff. (Zachariä a. a. O. A. 10), der hess. Entw. Art. 654 und der bayr. Entw. Art. 915.

falls zur Zurückbehaltung der herauszugebenden Sache befugt. Zweifelhaft und bestritten ist die Frage, ob der Empfänger, wenn er durch den Empfang zu Ausgaben oder Vermögensminderungen veranlaßt worden ist, welche er vermieden haben würde, falls er die Leistung nicht empfangen hätte, insoweit den Wegfall der Bereicherung geltend zu machen befugt ist. Der Entwurf giebt auch in dieser Richtung keine Entscheidung. Sofern der Kausalzusammenhang feststeht, haben derartige Ausgaben oder Vermögensminderungen den Wegfall der ursprünglichen Bereicherung zur Folge. Im Uebrigen ist die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis zu überlassen. Eine gesetzliche Bestimmung könnte nur zu Mißdeutungen, wie zur Hervorrufung und Verlängerung der Prozesse führen[1]).

Fixirung des Anspruches durch Rechtshängigkeit; Als entscheidende Zeit für die Fixirung der Verpflichtung des gutgläubigen Empfängers in dem Sinne, daß hiermit die bezeichnete, von den allgemeinen Grundsätzen abweichende, bevorzugte Stellung des Empfängers aufhört, ist der Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches aufgestellt. Von da ab finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung (vergl. auch § 740). Vor Eintritt der Rechtshängigkeit wird die erwähnte Fixirung der Verpflichtung des Empfängers nur durch den nachträglichen Eintritt der mala fides desselben bewirkt, dergestalt, daß auch Verzug mit seinen Wirkungen nur eintritt, wenn zugleich die in § 741 bestimmten subjektiven Voraussetzungen der mala fides superveniens vorhanden sind.

Geltendmachung durch Kompensation. Der Anspruch auf Herausgabe oder Werthvergütung kann auch im Wege der Kompensation gegen eine Forderung des Empfängers geltend gemacht werden. Hier entsteht die Frage, welcher Zeitpunkt für die Begrenzung der Befugniß des Empfängers der Nichtschuld, sich auf den Wegfall oder die Minderung der Bereicherung zu berufen, maßgebend ist. Diese Frage ist nicht durch das Gesetz zu lösen. Es handelt sich um die Ziehung der Konsequenzen aus den Grundsätzen über die Aufrechnung (§§ 279 ff.) und die condictio indebiti. Diese Konsequenzen zu ziehen, ist Aufgabe der Wissenschaft und Praxis.

§ 740.

Herausgabe des Erwerbes aus dem Geleisteten. In Abs. 1 wird die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Werthvergütung nach Maßgabe der Vorschriften des § 733 (Abs. 1, 2) auch erstreckt auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat[2]). Was von dem Empfangenen gilt, muß auch von demjenigen gelten, was aus diesem entstanden oder hervorgegangen ist. Es fehlt an jedem Grunde, das aus dem Geleisteten Erworbene anders zu beurtheilen als das Geleistete. Freilich kann

---

[1]) Vergl. Seufferts Archiv XXXIII Nr. 32 (R. O. H. G.).

[2]) Ebenso im gemeinen Rechte, Windscheid § 424 Note 2; sächs. G. B. § 1527; schweiz. Bd. Ges. Art. 70, 73; bayr. Entw. Art. 916, dresd. Entw. Art. 982; ebenso im preuß. Rechte nach dem Prinzipe der §§ 262—264 I, 13, Eccius II § 150 S. 462 f. A. 25, 33.

die ausdrückliche Gleichstellung insofern nicht unbedenklich erscheinen, als Zweifel entstehen können, inwiefern der nur indirekte oder rechtsgeschäftliche Erwerb zu dem Erwerbe aus dem Empfangenen gehört. Es kann aber darauf vertraut werden, daß Praxis und Wissenschaft in der richtigen Abgrenzung nicht fehlgehen werden. Der Versuch, durch Detailbestimmungen in Ansehung der hauptsächlich in Betracht kommenden Leistungsfälle den mitherauszugebenden oder zu vergütenden Erwerb festzustellen, würde auch nicht zum Ziele führen. Alle in Betracht kommenden Fälle könnten doch nicht gedeckt werden, und Zweifel blieben immer übrig. Bei der allgemeinen Vorschrift des ersten Absatzes ist auch die Erwähnung der Verpflichtung zur Mitherausgabe des Zuwachses (vergl. Abs. 3) überflüssig.

Eine Modifikation des in § 739 und in Abs. 1 enthaltenen Prinzipes enthält der zweite Absatz des § 740. Derjenige, welchem eine Sache (§§ 778 ff.) indebite zum Eigenthume übertragen worden ist, kann nämlich im Falle seines guten Glaubens (§ 741) ohne schwere Inkonsequenz in Ansehung der Verpflichtung zur Herausgabe und Vergütung der Nutzungen nicht anders und ungünstiger behandelt werden, als der gutgläubige Besitzer gegenüber dem die Eigenthumsklage erhebenden Eigenthümer (vergl. preuß. A. L. R. I, 7 § 189, Eccius II § 150 A. 85; sächs. G. B. § 1527). Es folgt hieraus, daß der Empfänger die vor der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen (§ 793) dem Kondizenten nicht herauszugeben, auch deren Werth nicht zu vergüten hat (§ 930), dem Empfänger also auch die durch solche Nutzungen zugegangene und zur Zeit der Rechtshängigkeit noch vorhandene Bereicherung verbleibt, sowie daß in Ansehung jener Verpflichtung von der Rechtshängigkeit des Anspruches an die Vorschriften des § 933 verb. mit § 931 Abs. 1 Anwendung finden. Der Fall der indebite erfolgten Veräußerung eines bestehenden Nießbrauches (§ 1011) ist dem Falle der Eigenthumsübertragung in der bezeichneten Richtung im Hinblicke auf die Vorschrift des § 1017 gleich zu behandeln, weil nach letzterer Vorschrift auf die Klage des Nießbrauchers jene Vorschriften über den Eigenthumsanspruch (§§ 930, 933, 931 Abs. 1) Anwendung finden. Der gleichen Beurtheilung unterliegt aus demselben Grunde (vergl. § 964) der Fall der Veräußerung eines bestehenden Erbbaurechtes. Dieser Fall braucht jedoch wegen der Vorschrift des § 781 Abs. 2, wonach auf das Erbbaurecht die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften überhaupt Anwendung finden, hier nicht besonders erwähnt zu werden. Der noch weiter in Betracht kommende Fall der indebite erfolgten Zurückgewährung eines bestehenden Nießbrauches oder Erbbaurechtes ist gleichfalls nicht hervorzuheben, da es sich auch solchenfalls um die Veräußerung des bestehenden Rechtes handelt; das Aufgeben eines Rechtes schließt immer eine Veräußerung in sich. Die Fälle der indebite erfolgten Bestellung von Dienstbarkeiten (eines Nießbrauches) oder eines Erbbaurechtes unterliegen dagegen durchaus dem Prinzipe (§§ 739, 740 Abs. 1).

Ausnahme: Nutzungen einer übertragenen Sache; bei Veräußerung eines Nießbrauches oder Erbbaurechtes.

Aus dem Grundsatze, daß der gutgläubige Empfänger nur die bei Eintritt der Rechtshängigkeit noch vorhandene Bereicherung zu erstatten hat, folgt an sich schon, daß er die Vergütung aller von ihm bis zu jenem Zeitpunkte auf den herauszugebenden Gegenstand gemachten Verwendungen verlangen darf.

Vergütung von Verwendungen.

Der Empfänger muß sich aber, wie dem Vindikanten gegenüber der Besitzer (§ 936 Abs. 2), in Konsequenz der Vorschrift des zweiten Absatzes dasjenige anrechnen lassen, um was er durch Nutzungen, welche ihm verbleiben, bereichert ist[1]). Das Recht auf Ersatz aller Verwendungen ist jedoch nach der Bestimmung des Abs. 3 nur eine Beschränkung der Verpflichtung zur Rückgewähr. Auf Grund dieser Bestimmung steht dem zur Rückgewähr Verpflichteten ein selbständiges Recht auf Erstattung aller Verwendungen nicht zu. Eine andere Frage ist, ob der Empfänger, falls er die Geltendmachung der Verwendungen im Wege der Retention versäumt hat, wegen der dem Kondizenten durch die Verwendungen zugehenden Bereicherung seinerseits einen den allgemeinen Grundsätzen unterliegenden Kondiktionsanspruch hat (§ 748). Diese Frage wird nicht aus dem Gesichtspunkte allein entschieden bezw. verneint werden dürfen, daß eine condictio indebiti, welche nur darauf gestützt würde, daß das Retentionsrecht nicht angerufen worden, unzulässig ist. Die Prüfung und Entscheidung der Frage steht der Wissenschaft und Praxis offen. — Für die nach Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen hat der Empfänger Anspruch auf Vergütung nach allgemeinen Grundsätzen (vergl. § 244).

§ 741.

Bösgläubiger Empfänger. Begriff.

Der Empfänger, welchem beim Empfange der Leistung bekannt gewesen, nicht nur, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand, sondern auch, daß der Leistende hiervon nicht unterrichtet war, begeht ein zivilrechtliches Delikt (Abs. 1). Im Wesentlichen ist dies auch der Standpunkt des geltenden Rechtes[2]). Der Anspruch des Leistenden beurtheilt sich also nicht nach Maßgabe der Vorschriften über die condictio indebiti, sondern nach denjenigen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen (§§ 715 ff., 218 ff.). Gemäß denselben hat der Leistende also, auch wenn er

Haftung nach Delictsgrundsätzen.

---

[1]) In Ansehung des Impensenersatzes verweist das sächs. G. B. § 1527 auf die Grundsätze bei der Vindikation (ebenso der hess. Entw. Art. 657 und der bayr. Entw. Art. 919); nach preuß. A. L. R. I, 16 § 190 und österr. G. B. wird der gutgläubige Empfänger diesfalls als ein redlicher Besitzer angesehen. Das schweiz. Bd. Ges. Art. 74 gewährt nach dem Vorgange des code civil Art. 1381 vollen Anspruch auf Ersatz der nothwendigen und nützlichen Verwendungen, wegen der impensae voluptuariae nur das jus tollendi, der dresd. Entw. Art. 932 den Anspruch auf Ersatz für nothwendige Verwendungen, für nützliche, insoweit durch solche der Werth der zurückzuerstattenden Sachen zur Zeit der Rückerstattung noch erhöht ist, wegen verschönernder Verwendungen nur das jus tollendi.

[2]) Das geltende Recht normirt die Haftung des unredlichen Empfängers theils im Anschlusse an Deliktsgrundsätze, theils nach Maßgabe der Vorschriften über die Folgen des Verzuges: Windscheid § 426 Note 16, § 425; sächs. G. B. §§ 1528, 1499; dresd. Entw. Art. 986, 222; preuß. A. L. R. I, 16 §§ 189, 193, 194, Eccius § 150 S. 471 A. 83 ff.; österr. G. B. § 1437; code civil Art. 1378 ff., 1381 (Zachariä II § 442 A. 10, 12, 14); bayr. Entw. Art. 915—918, 920; schweiz. Bd. Ges. Art. 73, 74.

vertretbare Sachen geleistet hatte, den Anspruch auf Restitution und, wenn und soweit die Restitution nicht möglich oder zur Entschädigung des Leistenden nicht genügend ist, den Anspruch auf volle Geldentschädigung. Andererseits hat der Empfänger wegen Verwendungen, welche er auf den Gegenstand der Leistung gemacht hat, im Allgemeinen die Rechte, welche dem Besitzer gegen den Eigenthümer zustehen, jedoch kein Retentionsrecht (§ 718 verb. mit § 235), während das geltende Recht dem bösgläubigen Empfänger zum Theil jeden Anspruch auf Impensenersatz versagt. Der Anspruch auf Schadensersatz aus dem Delikte unterliegt der in § 719 bestimmten Verjährung. Soweit jedoch der bösgläubige Empfänger durch die Leistung aus dem Vermögen des Leistenden sich bereichert hat, bleibt er auch nach der Verjährung des Schadensersatzanspruches nach Maßgabe des § 747 (resp. § 741 Abs. 2) dem Leistenden verhaftet, und dieser Anspruch des Leistenden ist der gewöhnlichen Verjährung unterworfen (§ 720).

Im Falle der mala fides superveniens (Abs. 2), d. h. wenn der Empfänger jene doppelte Kenntniß, deren Vorhandensein beim Empfange der Leistung ein Delikt begründet, erst nach dem Empfange der Leistung, aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 739) erlangt, kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Empfänger mit dem Zeitpunkte, wo er von den betreffenden Thatsachen unterrichtet wird, durch die Versäumung der Restitution gleichfalls eines zum Schadensersatze verpflichtenden Deliktes sich schuldig mache. Ebensowenig können der mala fides superveniens für sich allein die Wirkungen der mora solvendi (mora ex re) beigelegt werden. Die mala fides superveniens an sich kann vielmehr nur bewirken, daß von dem Zeitpunkte an, wo der böse Glauben eintritt, die Verpflichtung zur Herausgabe des Empfangenen oder zum Werthersatze die zu Gunsten des gutgläubigen Empfängers in § 739 (§ 740 Abs. 1) bestimmten Eigenthümlichkeiten verliert. Die Verpflichtung des Empfängers wird im Falle der mala fides superveniens nicht erst durch den Eintritt der Rechtshängigkeit, sondern schon durch den früheren Zeitpunkt des Eintrittes der mala fides fixirt, dergestalt, daß diese Verpflichtung des Empfängers von da ab den allgemeinen Regeln folgt, namentlich daher durch den späteren Wegfall der Bereicherung, abgesehen von einer durch Zufall eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung, keine Aenderung erleidet. Der Entwurf stellt daher den (früheren) Zeitpunkt des Eintrittes der mala fides dem Eintritte der Rechtshängigkeit gleich. Weiter aber müssen in Konsequenz dessen von dem Zeitpunkte des Eintrittes der mala fides ab die Vorschriften der §§ 739, 740 insofern zurücktreten, als nunmehr wegen Herausgabe und Vergütung von Nutzungen, wegen Ersatzes der Verwendungen und wegen Haftung für Erhaltung und Verwahrung der sämmtlichen herauszugebenden Gegenstände die in § 244 für den Fall der Rechtshängigkeit gegebenen, d. h. die für das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruches an geltenden Vorschriften Anwendung finden (vergl. §§ 933, 931 Abs. 1, §§ 936 ff). Geräth der Empfänger in Verzug, so greifen selbstverständlich in allen Beziehungen die Vorschriften über die Wirkungen des Verzuges Platz. Bis zum Eintritte der mala fides kommen dagegen dem Empfänger die Vorschriften der §§ 739, 740 zu Gute.

Mala fides superveniens. Begriff.

Haftung.

Beweislast.

Nach allgemeinen Grundsätzen müssen die Voraussetzungen für die strengere Haftung des Empfängers sowohl im Falle des Deliktes (Abs. 1), als auch im Falle der mala fides superveniens (Abs. 2) gegen den Empfänger bewiesen werden[1]).

II. Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges.

§ 742.

Nichteintritt der Voraussetzung — Mangel des Rechtsgrundes,

Eine auf dem Willen des Leistenden beruhende Vermögensänderung ermangelt des Rechtsgrundes auch dann, wenn die betreffende Leistung an die ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Voraussetzung des Eintrittes oder Nichteintrittes eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges geknüpft war und die Voraussetzung sich nicht erfüllt. In Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte regelt der Entwurf auch die wichtige hierin sich gründende Kondiktion (ob rem) besonders[2]), ohne jedoch dieselbe auf die Fälle zu beschränken, in welchen der Leistende zu der Leistung nicht durch einen gegenseitigen Vertrag verpflichtet war. Hat bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil erfüllt, so kann er seine Leistung, wenn der andere Theil nicht erfüllt, im Allgemeinen und in der Regel nicht zurückfordern (§ 360). Gleichwohl ist die condictio ob rem bei der Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage nicht gänzlich ausgeschlossen. Sie erscheint z. B. zulässig in dem Falle, wenn der eine Theil in der Erwartung der Gegenleistung vorgeleistet hat und die Gegenleistung demnächst durch Zufall unmöglich wird (vergl. § 368 Abs. 1). Ueberhaupt ist die Kondiktion, sofern nur im Uebrigen ihre Voraussetzungen zutreffen, bei einer in einem gegenseitigen Vertrage sich gründenden Leistung nur insoweit unstatthaft, als ihr der Grundsatz des § 360 entgegensteht[3]).

bei Leistung aus gegenseitigem Vertrage,

Erklärung der Voraussetzung;

Die Voraussetzung muß ausdrücklich oder stillschweigend **erklärt** sein. Daß auch stillschweigende Erklärung (§ 72) genügt, ist bei der Wichtigkeit der Sache besonders hervorgehoben. Eine Voraussetzung, welche der Leistende für

---

1) Der dresd. Entw. Art. 986 und der bayr. Entw. Art. 918 unterstellen die Haftung des Empfängers im Falle der mala fides superveniens vom Eintritte der mala fides ab ausdrücklich den gleichen Regeln, wie die Haftung des bösgläubigen **Empfängers**. S. dagegen das sächs. G. B. §§ 1527, 1528 und das schweiz. Bd. Ges. Art. 73, woselbst der Fall der mala fides superveniens nicht besonders ausgezeichnet ist; dasselbe gilt vom preuß. A. L. R. (Eccius II S. 471 f.).

2) Vergl. zu § 448 (modus). Condictio ob rem (causa data, causa non secuta): Windscheid § 427, preuß. A. L. R. I, 16 §§ 199—205, sächs. G. B. §§ 1534 ff., schweiz. Bd. Ges. Art. 71, hess. Entw. Art. 659, bayr. Entw. Art. 925 ff., dresd. Entw. Art. 988—992.

3) Windscheid § 321 Note 10a, § 428 Note 7; Entsch. d. vorm. R. O. H. G. in Seufferts Archiv XXVII Nr. 112; Entsch. d. R. G. in Civils. II S. 87 ff.; s. preuß. A. L. R. I, 16 §§ 199, 200, sächs. G. B. §§ 1534, 1535, hess. Entw. Art. 659, dresd. Entw. Art. 988.

sich behält, ist dagegen irrelevant; sie ist als bloßes Motiv des Leistenden nicht zu beachten. Auch die ausdrücklich abgegebene Erklärung muß dem Empfänger der Leistung gegenüber erkennbar, bezw. vernehmbar abgegeben sein. Ist dies geschehen, so muß es aber gleichgültig sein, wenn der Empfänger vielleicht aus zufälligen Gründen von der Erklärung keine Kenntniß genommen hat (vergl. § 74 Abs. 1). Auf besonderen Gründen beruht es, wenn das Gesetz bestimmt, eine in gewissen Verhältnissen erfolgte Leistung sei als unter der erklärten Voraussetzung des Eintrittes oder Nichteintrittes eines Ereignisses erfolgt anzusehen[1]).

Gegenstand der Voraussetzung.

Die erklärte Voraussetzung muß sich beziehen auf den Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges. Auch wenn unter der Voraussetzung geleistet worden, daß an die Leistung sich ein bestimmter, nicht erreichter rechtlicher Erfolg knüpfe, ist die condictio ob rem statthaft. Zwar läßt sich auch ein rechtlicher Erfolg als ein Ereigniß betrachten, und ist der durch die Leistung bezweckte Erfolg als etwas der Leistung Nachfolgendes aufzufassen; zur Vermeidung von Zweifeln ist es jedoch besonders auszusprechen. Es liegt auch kein Grund vor, weshalb die Voraussetzung eines solchen, von der Leistung erwarteten und doch keineswegs der Vergangenheit angehörigen rechtlichen Erfolges anders beurtheilt werden müßte, als die Voraussetzung eines künftigen thatsächlichen Ereignisses. Anscheinend gebietet die Konsequenz, die Zulässigkeit der condictio ob rem auch auf den Fall auszudehnen, wenn in erklärter unrichtiger Voraussetzung eines der Vergangenheit oder Gegenwart angehörenden Umstandes die Leistung erfolgt ist. Der Gesetzgeber muß jedoch zwischen beiden Fällen unterscheiden, nicht allein in Rücksicht auf das geltende Recht — auch das gemeine Recht, welches nach der vorherrschenden Auffassung den Unterschied gleichfalls anerkennt —, sondern auch aus dem inneren Grunde, weil im Falle jener Ausdehnung eine große Rechtsunsicherheit die unausbleibliche Folge wäre. Zweifellos würden bei Einbeziehung jenes Falles eine große Zahl von Verträgen wegen bloßen Irrthumes in den Motiven (§ 102) und auf Grund der sog. tacita clausula rebus sic stantibus angefochten und für unwirksam erklärt werden. Aehnliche Besorgnisse sind erfahrungsgemäß nicht gerechtfertigt, wenn die Kondiktion auf die Fälle beschränkt bleibt, in welchen der vorausgesetzte Umstand der Zukunft angehört und die Leistung erklärtermaßen zur Erreichung eines Zweckes erfolgt ist. Nur, wo die besonderen Verhältnisse es erfordern, wie beim Vergleiche (§ 667 Abs. 2), ist auch der irrigen Voraussetzung eines der Vergangenheit oder Gegenwart angehörenden Umstandes Bedeutung beigelegt[2]).

Beweislast.

Die viel bestrittene Frage, wie es bei der condictio ob rem mit der Beweislast sich verhalte, im Gesetze zu entscheiden, ist weder nöthig, noch angemessen. Die Entscheidung muß der Wissenschaft überlassen bleiben[3]).

---

[1]) S. z. B. § 1229, auch §§ 438, 667; § 758.

[2]) Vergl. § 1781.

[3]) Windscheid § 429; Entsch. des R. G. in Civils. III S. 87, V S. 26 ff., XIV Nr. 55 S. 225 ff.; sächs. G. B. § 1539.

§ 743.

Ausschluß der Kondiktion:

Die Rückforderung ist ausgeschlossen (§ 737 Abs. 4), wenn einer der in Nr. 1—3 bezeichneten Umstände vorliegt. Insoweit schließt sich die Vorschrift im Wesentlichen dem geltenden Rechte an.

Ausschließungsgründe,

Die Nr. 1 korrespondirt der Bestimmung des § 747 Abs. 3 (vergl. § 106, dagegen § 684 Abs. 3)[1]).

Zu Nr. 2: Die Bestimmung ist mit der Fassung des § 136 im Hinblicke auf die Aehnlichkeit der betreffenden Fälle im Einklange gehalten. Die Leistung mit der Voraussetzung wird stets ein Rechtsgeschäft ergeben, bezw. schon die Voraussetzungserklärung für sich allein als ein Rechtsgeschäft erscheinen[2]).

insbes. Unmöglichkeit der Erfüllung der Voraussetzung.

Zu Nr. 3: Die Bestimmung gilt gleichmäßig, wenn die Erfüllung der Voraussetzung thatsächlich oder juristisch unmöglich war. Es liegt kein Grund vor, den Fall der juristischen Unmöglichkeit in das Gebiet der condictio sine causa zu verweisen[3]). Ist dem Geber die Unmöglichkeit der Erfüllung der Voraussetzung bekannt, so muß die Voraussetzung als nicht ernstlich oder wirklich gewollt betrachtet werden; zudem wird meist eine verschleierte Schenkung vorliegen. — Der besondere Fall, wenn die Unmöglichkeit später wegfallen konnte und mit Rücksicht hierauf die Voraussetzung erklärt wurde, ist im Gesetze nicht zu entscheiden. — Eine nicht dauernde thatsächliche Unmöglichkeit kann in der fraglichen Beziehung als Unmöglichkeit nicht betrachtet werden; in Ansehung der juristischen Unmöglichkeit aber ist eine Bestimmung wegen Seltenheit der in Betracht kommenden Fälle und weil die richtige Beurtheilung des Einzelfalles von den Umständen und von der Erforschung des Parteiwillens abhängt, mindestens kein Bedürfniß.

Besteht die Voraussetzung in einer dem Empfänger auferlegten Leistung und wird diese ohne sein Verschulden unmöglich, so tritt die Regel des § 742 ein. In dem Zufalle, welcher die Nichterfüllung der Voraussetzung bewirkt, oder in dem Gegenstande der Voraussetzung liegt kein Grund, von der Regel abzuweichen, zumal auch in Vertragsfällen nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragstheil, dessen Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, den Anspruch auf die vertragsmäßige Gegenleistung verliert (§ 368 Abs. 1). Insoweit weicht der Entwurf von dem gemeinen Rechte und den diesem folgenden Kodifikationen[4]) ab.

---

[1]) Windscheid § 428 Note 9; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 205, 206; sächs. G. B. § 1540; dresd. Entw. Art. 988.

[2]) Sächs. G. B. § 1537; hess. Entw. Art. 659, bayr. Entw. Art. 927, dresd. Entw. Art. 989.

[3]) Diese Unterscheidung machen anscheinend das sächs. G. B. §§ 1536, 1547 und der dresd. Entw. Art. 989, 1000 (s. Windscheid § 100 Note 3).

[4]) Vergl. sächs. G. B. § 1536; hess. Entw. Art. 659, bayr. Entw. Art. 927, dresd. Entw. Art. 989; Windscheid § 428 Note 10, verglichen mit I § 100 Abs. 3 Nr. 2 (Note 6); vergl. preuß. A. L. R. I, 16 § 202; s. dagegen Entwurf § 1887 Satz 2 und zu § 448.

§ 744.

Der Entwurf entscheidet die bestrittene und in der Gesetzgebung verschieden beantwortete Frage über den Inhalt und Umfang der Verbindlichkeit des Empfängers im Falle der condictio ob rem[1]) dahin: Inhalt und Umfang der Verbindlichkeit

Ist der Empfänger bei dem Empfange in gutem Glauben gewesen, so bestimmen sich beim Fehlschlagen der Voraussetzung, so lange er hiervon keine Kenntniß erhalten hat, seine Verpflichtungen nach den Vorschriften über die Verpflichtungen des gutgläubigen Empfängers einer Nichtschuld (§§ 737, 739, 740). Die Annahme des guten Glaubens ist nur ausgeschlossen, wenn der Empfänger bei dem Empfange von der Unerfüllbarkeit der Voraussetzung unterrichtet war und zugleich wußte, daß die Unerfüllbarkeit dem Geber unbekannt sei (vergl. § 741 Abs. 1). Den gutgläubigen Empfänger trifft hiernach, wenn er, so lange der Eintritt oder Nichteintritt der Voraussetzung noch unentschieden ist, über das Empfangene oder dessen Ersatz verfügt oder bei der Verwahrung oder Erhaltung vorsätzlich oder fahrlässig gefehlt hat, ebensowenig eine Verantwortung als den Empfänger einer Nichtschuld. Er haftet nur für die Bereicherung (§§ 739, 740). Für die Annahme jener Verantwortung ließe sich zwar anführen, der Empfänger müsse während der Schwebezeit die Möglichkeit des Fehlschlagens der Voraussetzung sich vor Augen halten. Allein bei näherer Betrachtung darf der Empfänger, so lange er in gutem Glauben ist, von der Annahme ausgehen, die Voraussetzung werde sich erfüllen. Er darf daher, gerade wie der Empfänger einer Nichtschuld, sich als nichtverantwortlichen Eigenthümer des Empfangenen betrachten und danach seine Handlungsweise einrichten. Die Leistung ob rem hat gerade das Karakteristische, daß nicht unter einer Bedingung geleistet, die Rückleistung auch nicht ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart erscheint, daß den Betheiligten vielmehr die Möglichkeit des Fehlschlagens der Voraussetzung nicht ins volle Bewußtsein getreten und von ihnen nicht besonders gewürdigt ist. Eine andere Beurtheilung träte ein, wenn der Empfänger arglistigerweise, blos um den Geber um seine eventuellen Rechte zu bringen, über das Empfangene verfügt hätte; solchenfalls haftete er aus seiner Arglist, was aber nicht besonders bestimmt zu werden braucht[2]). Wäre des gutgläubigen Empfängers,

---

[1]) Das preuß. A. L. R. (§§ 201—204 I, 16; vergl. Eccius II S. 472 f.) unterscheidet die drei Fälle, wenn der vorausgesetzte Erfolg durch Schuld des Empfängers vereitelt worden (Haftung wie ein unredlicher Besitzer), wenn die Vereitelung durch bloßen Zufall erfolgte (Haftung nach dem Maße der Verwendung in den Nutzen des Empfängers); wenn durch Zuthun des Gebers (Haftung für noch vorhandene Bereicherung, vorbehaltlich der Interesseforderung des Empfängers). Der bayr. Entw. (Art. 928—932) und der hess. Entw. (Art. 659) folgen der Ansicht, wonach den Empfänger eine Verwahrungs- und Erhaltungspflicht im Interesse des Gebers treffen soll. Dagegen das sächs. G. B. § 1538, das schweiz. Bd. Ges. Art. 73, 74 und der dresd. Entw. Art. 991 normiren die Verpflichtung des Empfängers in gleicher Weise wie die Verpflichtung des gutgläubigen bezw. bösgläubigen Empfängers einer Nichtschuld.

[2]) Vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 73.

der Empfänger, abgesehen hiervon, als verantwortlich für Verfügungen ꝛc. zu betrachten, so müßte man ihm die den allgemeinen Regeln folgende Verpflichtung (ex lege) auferlegen, das Empfangene zurückzugeben. Dieser Standpunkt würde aber dem in der Mehrzahl der modernen Kodifikationen sich aussprechenden praktischen Bedürfnisse und der regelmäßigen Parteiintention widersprechen.

des bösgläubigen Empfängers bei mala fides superveniens etc.

Ist der Empfänger bei dem Empfange der Leistung in mala fide in dem oben bezeichneten Sinne gewesen, so begeht er ein zivilrechtliches Delikt (§ 741 Abs. 1). Im Falle der mala fides superveniens haftet der Empfänger vom Eintritte der mala fides ab in gleicher Art, wie der Empfänger einer Nichtschuld von dem Zeitpunkte der mala fides superveniens an (§ 741 Abs. 2). Die gleiche Haftung muß den Empfänger aber auch von dem Zeitpunkte an treffen, wo er nur Kenntniß davon erlangt hat, daß die Voraussetzung sich nicht erfüllt habe.

III. Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung.

§ 745.

Erforderniß der Kondiktion.

Der Entwurf normirt auch die condictio ob causam finitam besonders. Mag sie auch mit einiger Berechtigung als ein Unterfall der condictio ob rem sich bezeichnen lassen, insoferne bei ihr die Fortdauer oder der Nichtwegfall des Rechtsgrundes, aus welchem die Leistung erfolgt, als die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, angesehen werden kann, so muß doch diese condictio bei der Wichtigkeit des Gegenstandes besonders hervorgehoben werden[1]).

Das Erforderniß der condictio ob causam finitam ist dahin bestimmt, daß aus einem Rechtsgrunde geleistet worden ist, welcher später weggefallen ist. Hiernach erscheint auch die Erwähnung der in den Gesetzen zum Theil besonders hervorgehobenen Fälle, wenn der Grund, aus welchem geleistet wurde, mit rückwirkender Kraft vernichtet worden oder wenn nach Entschädigung wegen einer anvertrauten oder abhanden gekommenen Sache die Nichterleidung eines Schadens später festgestellt ist, so wenig erforderlich, als die Erwähnung des Falles der Leistung auf Grund einer resolutiv bedingten oder betagten causa, wenn nachträglich die Bedingung oder der Termin eintritt (§§ 129, 142). Keiner besonderen Hervorhebung bedarf insbesondere der Fall, wenn zur Erfüllung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes in Unkenntniß des Anfechtungsgrundes geleistet wurde und die Leistung selbst (das dingliche Geschäft) für sich betrachtet weder nichtig noch anfechtbar ist. Dem Leistenden bleibt diesfalls das Recht der Anfechtung der obligatorischen causa; durch die Anfechtung kommt diese causa zu Fall und dem Anfechtungsberechtigten steht nunmehr jedenfalls die condictio ob rem oder ob causam finitam zu. Hat der Leistende in Kenntniß seines Anfechtungsrechtes geleistet, so liegt Genehmigung des an=

---

[1]) Ebenso österr. G. B. § 1435; sächs. G. B. § 1548; schweiz. Bd. Ges. Art. 71; hess. Entw. Art. 660, bayr. Entw. Art. 937, dresd. Entw. Art. 1002; Windscheid § 423 Noten 12, 13.

fechtbaren Rechtsgeschäftes vor (§ 113 Abs. 3), so daß die Kondiktion ausgeschlossen ist. Hat aber der Empfänger das Anfechtungsrecht ausgeübt, so hat der Geber zweifellos gleichfalls die condictio ob rem oder ob causam finitam (§§ 112, 113, 103, 104)[1]).

Umfang der Haftung des Empfängers.

Den Umfang der Haftung des Empfängers bestimmt der Entwurf in gleicher Art wie bei der Haftung des gutgläubigen Empfängers einer Nichtschuld (§§ 737 Abs. 3, 739, 740), sowie von der Zeit an, wo der Empfänger erfährt, daß der Rechtsgrund weggefallen ist, in der gleichen Art, wie die Haftung des Empfängers einer Nichtschuld von der Zeit ab, wo seine mala fides beginnt (§ 741 Abs. 2). An sich kann der Empfänger bei der condictio ob causam finitam nicht in bösem Glauben empfangen haben[2]). So lange die causa nicht finita ist, ist der böse Glauben des Empfängers vielmehr begriffsmäßig ausgeschlossen. Nur eine nachträglich eintretende mala fides ist denkbar, aber auch nur in der Weise, daß der Empfänger den inzwischen erfolgten Wegfall der causa erfährt. Das Eintreten einer solchen mala fides superveniens vermag aber nicht anders zu wirken, wie die mala fides superveniens bei der condictio indebiti und ob rem. Die Wirkungen des Deliktes können sich hieran allein nicht knüpfen. Selbstverständlich ist durch diese Verneinung einer die Deliktswirkung erzeugenden mala fides beim Empfange nicht ausgeschlossen, daß der Empfänger, wenn diesem nach der sonstigen Beschaffenheit des Falles ein Delikt, besonders Zwang oder Betrug, zur Last fällt, für die Folgen dieses Deliktes nach den allgemeinen Grundsätzen haftet (Abs. 2 Satz 2; vergl. §§ 704 ff.). In Betreff der Fälle der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes kommt, hiervon abgesehen, in Ansehung jener Frage besonders in Betracht, daß bei ihnen der Empfänger nicht wissen kann, ob von dem Anfechtungsrechte Gebrauch gemacht werden wird, um deswillen also die allgemeine Annahme einer als Delikt wirkenden mala fides beim Empfange ungerechtfertigt wäre.

Die Fälle, in welchen die condictio ob rem (§ 743 Nr. 1—3) ausgeschlossen ist, erwähnt der Entwurf hier nicht. Sie werden sich bei der condictio ob causam finitam kaum zutragen können; zutreffendenfalls hilft die Rechts- und Gesetzesanalogie aus.

§ 746.

Besondere Fälle.

Als Fälle der condictio ob causam finitam hebt der Entwurf hervor die im Urkunden- und Wechselprozesse in Gemäßheit der §§ 562, 563 C. P. O. unter Vorbehalt der Rechte ergehenden, die im Berufungsverfahren gemäß §§ 502, 503 C. P. O. unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln und die auf die Klage nach Trennung der Verhandlung über die Klage und eine zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung (§§ 136, 274, 491) erlassenen kondemnatorischen Urtheile, wenn sie auf Grund des

---

[1]) Einen weiteren Fall der condictio ob causam finitam s. § 452, § 1453 (Widerruf der Schenkung).

[2]) Anders sächs. G. B. § 1550; dresd. Entw. Art. 1004; dagegen bayr. Entw. Art. 937, 938.

Leistung auf Grund e. vorl. vollstr. Urtheiles rc.

Vorbehaltes wieder aufgehoben werden, sowie die vorläufig vollstreckbaren in der Folge wieder aufgehobenen Urtheile (C. P. O. § 644, §§ 648 ff., § 655).

In den hier fraglichen Fällen handelt es sich, falls auf Grund eines solchen Urtheiles eine Leistung bewirkt worden ist, bei deren Rückforderung nur um die condictio ob causam finitam[1]). Es entsteht allerdings zunächst die Frage, ob der Gläubiger, welcher seine Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung eingezogen hat, bei nachfolgender Aufhebung des vollstreckbaren Titels nicht unbedingt für Schadensersatz zu haften habe. Allein da er das Recht der Zwangsvollstreckung hat, so begeht er mit der Ausübung desselben an sich kein Delikt. Ob nicht dann ein Delikt vorliegt und der Gläubiger deshalb zum Schadensersatze verpflichtet ist, wenn er mit Kenntniß des Umstandes, daß seine Forderung unbegründet ist, die zwangsweise Einziehung betreibt, ist eine andere Frage. Die Verpflichtung aus unerlaubter Handlung bleibt auch hier unberührt (§ 745 Abs. 2 Satz 2). Die Bestimmungen der C. P. O. geben aber keine Auskunft darüber, inwiefern der Empfänger eintretendenfalls zugleich wegen Zinsen, Nutzungen, Verschlimmerungen und Unterganges haftbar ist. Sie müssen also in dieser Hinsicht in den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches ihre Ergänzung finden. In allen jenen Fällen ist ferner, weil nach den Vorschriften der C. P. O. die Rechtshängigkeit des Hauptanspruches fortdauert, auch der Rückforderungsanspruch sofort mit der Leistung als rechtshängig geworden zu betrachten. Da dies aus der Prozeßordnung jedoch nicht zur Genüge hervorgeht, war eine jene Auffassung anerkennende Bestimmung hier nothwendig. Die Aufrechnung ist in der C. P. O. zwar nicht so, wie hier vorausgesetzt wird, behandelt. Die dem Entwurfe zu Grunde liegende Auffassung ist aber geboten durch die Gestaltung der Aufrechnung als einer durch die Aufrechnungserklärung bewirkten Tilgung der Verbindlichkeit (§§ 281—283). Das Einführungsgesetz wird daher eine Ergänzung der C. P. O. in der Richtung zu bestimmen haben, daß in dem Falle der Trennung der Verhandlung über die zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung das Urtheil unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung zu erlassen und, wenn die Aufrechnung als begründet erkannt wird, aufzuheben ist (Anm. 1 zu § 746).

Freiwillige Leistung.

In den erwähnten Fällen der C. P. O. steht nach der Auffassung des Entwurfes die freiwillige Erfüllung der gezwungenen gleich und ist die Annahme, bei freiwilliger Erfüllung greife nur die condictio indebiti Platz, unhaltbar. Dem Schuldner, welchem der Leistungszwang droht, kann die Kenntniß, daß die Verbindlichkeit nicht bestehe, nicht entgegengehalten werden. — Auch wenn von einer Verwaltungsbehörde in den Fällen der Zulässigkeit der Administrativexekution die Erfüllung einer Leistung erzwungen ist, welche nicht geschuldet war, so ist, an und für sich und von besonderen Verhältnissen abgesehen, gleichfalls die condictio ob causam finitam und nicht eine condictio ob causam injustam oder die Deliktsklage auf Schadensersatz begründet. Ist aus einem rechtskräftigen Urtheile geleistet, welches später wieder aufgehoben wird, so ist gleichfalls die condictio ob causam finitam begründet, ohne daß jedoch der Rückforderungsanspruch schon im Zeitpunkte der Leistung als rechtshängig geworden gelten

Administrativexekution.

Wiederaufhebung eines rechtskräftigen Urtheiles.

---

[1]) Windscheid § 423 Note 12.

kann. Bestimmungen über den einen oder anderen dieser Punkte sind jedoch nicht erforderlich. Die Entscheidungen ergeben sich aus den Grundsätzen des Entwurfes.

IV. Verwerflicher Empfang.

§ 747.

Im Anschlusse an das gemeine Recht und die moderne Gesetzgebung[1]) gewährt der Entwurf die Kondiktion des Geleisteten, wenn von dem Empfänger der Leistung durch deren Annahme gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist (§ 106). Diese Kondiktion darf jedoch nicht auf den Fall beschränkt werden, wenn der bezeichnete Verstoß darin liegt, daß die Leistung in Rücksicht auf einen künftigen Erfolg oder ein späteres Verhalten des Empfängers, also auf eine causa futura angenommen ist[2]). Als Grund der Restitutionspflicht erscheint einzig und allein der auf Seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß und die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung. Dem widerspräche die erwähnte Beschränkung. Jener Grund trifft nicht minder zu für die ebenso häufigen Fälle, wenn die causa der Vergangenheit angehört, namentlich für die Fälle der Bezahlung von Diensten, für welche Bezahlung zu nehmen einer höheren Pflicht widerspricht. Das Gesetz bezweckt durch Zulassung der Rückforderung nicht, für die Zukunft ein verwerfliches Verhalten zu verhindern. Nicht jenes Verhalten, welches, für sich betrachtet, ein ganz unverfängliches sein kann, will das Gesetz verhüten. Vielmehr soll die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden. Um im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken, ist daher überall, wo der Empfänger durch die Annahme der Leistung mit den guten Sitten und der öffentlichen Ordnung sich in Widerspruch setzt, die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen vorzuschreiben. Damit harmonirt auch die Vorschrift des § 106. Indem der Entwurf daher in Uebereinstimmung mit letzterer Vorschrift hervorhebt, die Annahme müsse nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes einen Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung enthalten, wird zugleich klargestellt, daß es auf die causa der Leistung, nicht etwa blos auf ihre Beschaffenheit ankommt, und dem Mißverständnisse vorgebeugt, als ob die Rückforderung auch dann stattfinde, wenn dem Empfänger die causa turpis nicht erkennbar gewesen oder nicht in sein Bewußtsein getreten ist. — Ein Bedürfniß,

a) Voraussetzung: Verstoß des Empfängers gegen d. guten Sitten rc.,

Kenntniß desselben von der turpis causa.

---

1) S. Windscheid § 423 Note 5; österr. G. B. § 1174; code civil Art. 1131, 1133; vergl. Zachariä II § 434 Art. 9; sächs. G. B. § 1540; schweiz. Bd. Ges. Art. 70, 75; hess. Entw. Art. 680, 681, bayr. Ent. Art. 933, 934, dresd. Entw. Art. 993, 994, 995. Nach preuß. A. L. R. I, 16 §§ 205, 206, 209 konfiszirt der Fiskus das zu einem unerlaubten oder unehrbaren Zwecke Gegebene, das zu einem unehrbaren Zwecke Gegebene aber nur, wenn dem Empfänger das Verwerfliche des Zweckes bekannt gewesen ist; der gutgläubige Empfänger behält das Empfangene (vergl. §§ 210, 211).

2) Wie im sächs. G. B. und in den neueren Entwürfen.

bestimmte Fälle im Gesetze hervorzuheben, in welchen durch die Annahme einer Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen wird, besteht nicht.

b) Inhalt und Umfang der Verpflichtung.

Den Inhalt und Umfang der Restitutionspflicht des Empfängers bestimmt der Entwurf (Abs. 2) dahin, daß der Empfänger von dem Zeitpunkte des Empfanges an so zu haften habe, wie der Empfänger einer Nichtschuld, welcher in gutem Glauben empfangen hat, aber später in bösen Glauben versetzt wurde, von dem Zeitpunkte an haftet, wo letzteres geschehen ist (§ 741 Abs. 2). Es geht nicht an, den Empfänger wegen Schadensersatzes dergestalt für haftbar zu erklären, daß er aus dem Empfange als aus einem zivilrechtlichen Delikte in gleicher Art wie der bösgläubige Empfänger einer Nichtschuld (§ 741 Abs. 1) verpflichtet wäre. Einer derartigen Bestimmung stände, abgesehen von sonstigen Bedenken, schon der Grundsatz entgegen „volenti non fit injuria". Andererseits kann die Verpflichtung des Empfängers auch nicht auf das Maß der Haftung des gutgläubigen Empfängers einer Nichtschuld (§ 739) beschränkt werden. Die Normirung des Entwurfes rechtfertigt sich aus den Vorschriften über die Haftung bei der condictio indebiti und ob rem[1]). Der Fall der mala fides superveniens in Ansehung der besonderen causa ist hier aber durch die Natur der Dinge ausgeschlossen. Nur der Empfang in verwerflicher Gesinnung begründet die condictio ob turpem causam. Wird einmal ohne die zur Annahme dieser Gesinnung unbedingt nöthige Kenntniß empfangen, so muß der Empfänger, mag er auch nachträglich erfahren, daß der Geber von einer causa geleitet wurde, welche den Empfänger, hätte er sie bei dem Empfange gekannt, von der Annahme hätte abhalten müssen, doch geschützt bleiben. Der tadelfreie Empfang kann durch eine solche nachträgliche Kenntnißnahme nicht rückwärts ein verwerflicher werden. Das Gegentheil ließe sich höchstens für die Fälle behaupten, wenn der Geber die causa schon bei der Hingabe dem Empfänger gegenüber erklärte, der letztere aber davon zufällig, z. B. weil er den Begleitbrief nicht gelesen, keine Kunde erhalten hat. Die Beurtheilung solch seltener Fälle muß aber der Wissenschaft überlassen bleiben. Der Entwurf bestimmt demgemäß, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen haben muß.

Verstoß des Gebers gegen die guten Sitten 2c.

Die Bestimmung des dritten Absatzes, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist, entspricht dem geltenden Rechte und dem Gedanken, auf welchem die condictio ob turpem causam beruht. Unter der Voraussetzung des Abs. 3 kann auch ein ex turpi causa gegebenes Versprechen an sich nicht kondizirt werden. In häufigen Fällen, z. B. wenn ein Wechsel oder ein ähnliches Versprechen hingegeben ist, ergiebt sich aber schon aus den einschlagenden Vorschriften zur Genüge, daß der aus dem hingegebenen Versprechen in Anspruch genommene Schuldner wegen Hinfälligkeit des der Hingabe zu Grunde liegenden Vertrages zu einer durchgreifenden Einrede

---

[1]) Das sächs. G. B. § 1546 und der dresd. Entw. Art. 986 verweisen auf die Haftung des bösgläubigen Empfängers einer Nichtschuld; vergl. hess. Entw. Art. 680, bayr. Entw. Art. 935.

jedenfalls gegen denjenigen, welchem zunächst das Versprechen hingegeben wurde, berechtigt ist. Für die Fälle des Schuldversprechens (§ 683) ist daneben durch die Vorschrift des § 684 Abs. 3 besonders gesorgt[1]).

Cond. ex injusta causa.

Ein Bedürfniß für Anerkennung einer besonderen condictio ex injusta causa besteht nicht, weil in den betreffenden Fällen, für welche in der Gesetzgebung eine condictio ex injusta causa zugelassen ist[2]), die Deliktsklage genügt, bezw. weil, soweit dies nicht zutreffen mag, die Vorschrift des § 748 ausreicht. Zu beachten ist diesfalls insbesondere auch die Vorschrift des § 720.

V. Sonstiges grundloses Haben.

§ 748.

a) Voraussetzung: Bereicherung

Der § 748 bestimmt über die sog. condictio sine causa[3]), welche begründet ist für denjenigen, aus dessen Vermögen nicht kraft seines Willens oder nicht kraft seines rechtsgültigen Willens ein Anderer bereichert ist, wenn hierzu ein rechtlicher Grund gefehlt hat. Die Bereicherung muß des sie rechtfertigenden Grundes entbehren. Eine auf dem rechtsgültigen Willen des Leistenden oder Verlierenden beruhende Bereicherung kommt hier nicht in Betracht. Hinsichtlich der Rechts- und Vermögensänderung, welche nicht kraft des Willens des Verlierenden erfolgt, sind aber zwei Fälle oder Wege, auf welchen die Vermögensverschiebung sich vollzieht, zu unterscheiden. Das Vermögen des Einen kann aus dem Vermögen eines Anderen ohne den Willen des letzteren einmal auf rein thatsächlichem Wege bereichert sein, so daß Vorschriften der Rechtsordnung, auf welchen die Bereicherung beruhte, dabei gar nicht in Betracht kommen. Dies ist z. B. der Fall, wenn Jemand fremdes Gut verbraucht, verzehrt, wenn ihm von einem Anderen Dienste geleistet werden u. s. w.[4]). In solchen Fällen fehlt zweifellos ein rechtlicher Grund für die Bereicherung und findet deshalb gemäß § 748 die condictio sine causa statt. Eine Bereicherung ohne Willen des Verlierenden kann aber auch in der Weise stattfinden, daß sie auf Vorschriften der Rechtsordnung beruht, z. B. in den Fällen der Spezifikation, Inädifikation, Präklusion, Ersitzung, Verjährung, des Erwerbes von einem Nichtberechtigten u. s. w. Es kann keine Rede davon sein, in allen derartigen Fällen eine Kondiktion zuzulassen. Bedenklich wäre solchenfalls aber auch eine allgemeine Bestimmung des Inhaltes, daß eine solche Bereicherung oder Rechtsänderung, obschon sie auf Vorschriften der Rechtsordnung beruhe,

ohne Willen des Verlierenden,

ohne rechtlichen Grund.

---

[1]) Vergl. § 743 Nr. 1. S. Windscheid § 428 Note 9; sächs. G. B. § 1543; hess. Entw. Art. 680, bayr. Entw. Art. 933, dresd. Entw. Art. 993 Abs. 2; schweiz. Bd. Ges. Art. 75; Zachariä § 344 A. 9.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 16 § 207; sächs. G. B. § 1545; hess. Entw. Art. 678, bayr. Entw. Art. 936, dresd. Entw. Art. 996; Windscheid § 422 Note 5.

[3]) Windscheid § 424 Note 1, § 422 Note 5, § 423 Note 1; sächs. G. B. §§ 1547, 1549; schweiz. Bd. Ges. Art. 70, 71; bayr. Entw. Art. 936, dresd. Entw. Art. 1003, 1005, 1006. Für das preuß. Recht greift hier die Versionsklage (preuß. A. L. R. I, 13 §§ 262 ff., Eccius II § 148 (S. 436) ein.

[4]) Vergl. § 761 Nr. 1 Abs. 2 und § 752.

gleichwohl wegen des Willensmangels als des rechtlichen Grundes entbehrend anzusehen sei, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimme, d. h. die condictio sine causa ausschließe. Dieses Prinzip würde große Gefahren mit sich bringen, wie sich namentlich bei Würdigung der Gesetze über Präklusion, Verjährung, Ersitzung, Verlust der Einrede 2c. ergiebt. Es entständen hierbei bei einer großen Zahl von Rechtsnormen oft schwer zu lösende Zweifel, ob ein rechtlicher Grund anzunehmen oder zu verneinen sei; auch wäre das Mißverständniß nicht ausgeschlossen, als ob der früher vielfach vertretene Grundsatz wieder gebilligt würde, daß allgemein, wer auf Kosten eines Anderen ohne dessen Willen bereichert sei, die Bereicherung herauszugeben habe. Prinzipiell richtiger und näherliegend ist vielmehr der vom Entwurfe (Abs. 2) zum Ausdrucke gebrachte Standpunkt, welcher zugleich die angedeuteten Zweifel möglichst ausschließt: Gesetzlich bestimmter Rechtsverlust. beruht der Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift, so ist die hierdurch herbeigeführte Bereicherung im Zweifel als eine des rechtfertigenden Grundes nicht entbehrende anzusehen, wonach also das Gesetz zutreffendenfalls zu bestimmen hat, daß der Rechtsverlust bezw. die Bereicherung, obwohl sie auf einer Vorschrift des Gesetzes beruht, doch die condictio sine causa begründe. Selbstverständlich muß das Gesetz eine Anordnung der letzteren Art nicht immer ausdrücklich enthalten; es genügt vielmehr, wenn die auf eine solche Anordnung gerichtete Absicht des Gesetzes im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. Demgemäß hat der Entwurf zwar in einer Reihe von Fällen, wo kraft bestimmter Rechtsvorschrift an gewisse Vorgänge ein Rechtsverlust ohne Willen des Berechtigten zu Gunsten eines Anderen geknüpft ist, ausdrücklich ausgesprochen, daß jener Verlierende von diesem Anderen die Herausgabe der Bereicherung fordern könne; so in den Vorschriften über die durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung eintretende Rechtsänderung (§ 897)[1]), und über den Erwerb des Eigenthumes an gefundenen Sachen durch den Finder (§ 922). Es sind durchaus Fälle, in welchen aus besonderen Gründen zwar der Eintritt des Rechtsverlustes zu statuiren ist, in welchen aber das Gesetz nicht zugleich den an diesen Verlust sich knüpfenden Vermögensverlust des seitherigen Berechtigten sanktioniren kann. Der Entwurf hat aber keineswegs in allen Fällen, wo kraft besonderer Bestimmung ein Nichtberechtigter auf Kosten und ohne Willen des bisherigen Berechtigten eine Vermögensvermehrung erlangt hat, ohne daß die betreffende Bestimmung zugleich diese Vermögensvermehrung auf Kosten des Verlierenden bezweckte oder guthieße, ausdrücklich ausgesprochen, daß der Verlierende (seitherige Berechtigte) von dem Erwerber die Bereicherung fordern könne. Ein hierher gehöriges Beispiel bietet der Fall, wenn nach Uebertragung einer Forderung der Schuldner ohne Leistung an den wirklichen Gläubiger befreit wird und der Nichtgläubiger durch Empfangnahme der dem Gläubiger gebührenden Leistung die Befreiung des Schuldners bewirkt (§§ 304—306). In diesem Falle ist sowohl der Schuldner als auch der empfangende Nichtgläubiger aus dem Vermögen des Gläubigers ohne dessen Willen bereichert. Aber wie auf den Schuldner die Regel Anwendung findet, weil die Vorschriften des Gesetzes ihn gegen die Gefahren der Uebertragung

---

[1]) S. dagegen den besonderen Fall des § 909.

zu schützen bezwecken, so kann es auch nicht zweifelhaft sein, daß die Bereicherung des Nichtgläubigers nicht in der Absicht des Gesetzes liegt, dieser vielmehr der condictio sine causa ausgesetzt ist, abgesehen von den dem Gläubiger gegen seinen Rechtsvorgänger aus dem Rechtsverhältnisse zu diesem zustehenden Rechten. Die Betrachtung der durch die §§ 304—306 mitgetroffenen Fälle, in welchen die abgetretene Forderung nicht getilgt, sondern verändert wird, führt zu gleichen Ergebnissen. Das Gesetz kann unmöglich in allen derartigen Fällen aussprechen, die Rechtsänderung solle nur unbeschadet des Bereicherungsanspruches eintreten. Ein hierauf abzielender Versuch wäre um so gefährlicher, als doch nicht alle Fälle getroffen werden könnten und das argumentum e contrario zu Ungunsten solcher Fälle, für welche eine ähnliche spezielle Vorschrift fehlte, nahe läge.

Verfügung Nichtberechtigter über eine Sache ꝛc.

Eigenthümlich liegen diejenigen Fälle, in welchen das Gesetz den Verfügungen eines Nichtberechtigten über eine Sache oder ein Recht außerhalb des Falles der §§ 304—306 die Wirkung beilegt, daß der Berechtigte seines Rechtes verlustig geht. Daß gegen denjenigen, zu dessen Gunsten der Rechtsverlust eintritt, gegen den Erwerber, eine condictio nicht stattfindet, ist auch hier aus dem Zwecke des Gesetzes klar. Ob der Verfügende, abgesehen von den Folgen einer ihm zur Last fallenden unerlaubten Handlung, zur Herausgabe der Bereicherung an den bis dahin Berechtigten nach Maßgabe des § 748 verpflichtet ist, kann aber bezweifelt werden, da er aus dem Vermögen des Berechtigten nichts erhalten hat, insbesondere die nach dem Veräußerungsgeschäfte dem Erwerber obliegende Gegenleistung dem bis dahin Berechtigten niemals zugestanden hat (S. 851; vergl. S. 839). Für die hierher gehörigen Fälle (§§ 839, 880 u. a.) sind deshalb besondere Vorschriften gegeben. Die Vorschrift des § 839 umfaßt, soweit die Legitimation eines Gläubigers durch das Grundbuch geführt wird, auch den sonst nicht entschiedenen Fall der den Schuldner einer Forderung befreienden Leistung an einen Nichtgläubiger.

Leistung ohne rechtsgültigen Willen.

Der Entwurf giebt die condictio sine causa besonders auch demjenigen, aus dessen Vermögen nicht kraft seines rechtsgültigen Willens ein Anderer bereichert ist. Dies trifft zu, wenn ein Geschäftsunfähiger oder eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eine Leistung bewirkt. Das Geleistete kann zunächst gemäß den Vorschriften der §§ 64, 65 vindizirt werden; wenn aber die Vindikation wegen Konsumtion, Veräußerung ꝛc. versagt, oder wenn der Geschäftsunfähige nur durch Dienste und dergleichen das Vermögen des Empfängers bereichert hätte, tritt die condictio sine causa allein ein. Der gleichen Beurtheilung unterliegt der Fall, wenn etwas gegen ein gesetzliches Verbot geleistet worden.

b) Inhalt und Umfang der Verpflichtung.

Auf die Verpflichtung desjenigen, welcher die Bereicherung herauszugeben hat, finden die Vorschriften des § 737 Abs. 3, der §§ 739, 740, sowie des § 741 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Die Sachgemäßheit dieser Bestimmung läßt sich nicht wohl bezweifeln. Für den Fall, daß schon zu der Zeit, wo die Bereicherung eintritt, der gute Glaube des Bereicherten fehlte, fragt sich allerdings, ob nicht die Haftung des Bereicherten in gleicher Art, wie diejenige des böswilligen Empfängers einer Nichtschuld (§ 741 Abs. 1) bestimmt werden sollte[1]).

---

[1]) Sächs. G. B. § 1550; schweiz. Bd. Ges. Art. 73; dresd. Entw. Art. 938.

Häufig wird ein zivilrechtliches Delikt vorliegen, z. B. wenn in bösem Glauben eine Spezifikation vorgenommen oder verzehrt wurde. Häufig läßt sich jedoch jene Frage ohne Ungerechtigkeit nicht bejahen, z. B. wenn die Bereicherung auf Thatsachen beruht, welche der Bereicherte weder herbeigeführt noch gewollt hat, obwohl er die Vermögensvermehrung sofort bei ihrem Eintritte erkannte, so, wenn sein Grundstück durch Zufall in Folge von Avulsion vergrößert ist. Ueberall aber, wo jene strenge Haftung gerechtfertigt erscheint, fällt auch dem Bereicherten ein Delikt schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes (§§ 704, 705) zur Last. Hiernach ist gerechtfertigt, dem schon von Anfang an bestehenden bösen Glauben oder dem sofortigen Erkennen der Bereicherung für sich allein die Wirkungen eines Deliktes nicht beizulegen, sondern daran nur diejenigen Wirkungen zu knüpfen, welche bei der condictio indebiti mit der mala fides superveniens verbunden sind (§ 741 Abs. 2), daneben aber vorsorglich hinzuzufügen, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze aus unerlaubter Handlung unberührt bleibe.

Zweiter Titel.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

§§ 749, 750.

Vorbemerkung. Der Entwurf bestimmt in den §§ 749—752 über die Verpflichtungen des Geschäftsführers aus der Geschäftsführung ohne Auftrag (actio neg. gest. directa), in den §§ 753—758 über die dem Geschäftsführer aus der Geschäftsführung gegen den Geschäftsherrn erwachsenden Ansprüche (actio neg. gest. contraria). Aus diesen Vorschriften in Verbindung mit den besonderen Vorschriften der §§ 759—761 (vergl. §§ 752, 756, 757) ergiebt sich die Auffassung des Entwurfes von dem Wesen der negotiorum gestio und der hieraus zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn resultirenden Rechtsbeziehungen[1]).

Der § 749 Abs. 1 stellt, indem er die Haftung des Geschäftsführers für den Ersatz des durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schadens ausspricht, zugleich diejenigen Voraussetzungen fest, von deren Vorhandensein die Anwendung der Vorschriften dieses Titels im Allgemeinen abhängt. Als Grund für die Haftung desjenigen, welcher ein ihm fremdes Geschäft eigenmächtig besorgt, bleibt daneben die in dieser Geschäftsbesorgung möglicherweise enthaltene unerlaubte Handlung[2]).

---

[1]) Anwendungsfälle der Grundsätze über negotiorum gestio s. §§ 464, 514, 532 1159, 1880, 2056, 2112.

[2]) S. Windscheid § 430, § 431. Das preuß. A. L. R. I, 13 §§ 228, 229, das österr. G. B. § 1035 und der hess. Entw. § 346 stellen den Gesichtspunkt in den Vordergrund, daß die auftragslose Einmischung in fremde Angelegenheiten unbefugt sei, welcher Gesichtspunkt wieder durch die Rücksicht modifizirt erscheint, daß für gewisse

Als Voraussetzung der Haftung und der negotiorum gestio überhaupt (vergl. §§ 760, 761) bezeichnet der Entwurf hiernach die Thatsache, daß Jemand für einen Anderen ohne dessen Auftrag und ohne Amtspflicht ein Geschäft besorgt, ohne den Begriff des negotium alienum näher zu bestimmen (schweiz. Bd. Ges. Art. 469). Bei dem Ausdrucke „ein Geschäft besorgen" ist schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauche das Mißverständniß ausgeschlossen, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte, nicht auch thatsächliche Dienstleistungen zu verstehen wären (vergl. § 585)[1]. Die Geschäftsbesorgung kann sich auf ein einzelnes Geschäft, oder auf eine Reihe von Geschäften oder alle Geschäfte einer Person beziehen (sächs. G. B. § 1344). Voraussetzungen: Besorgung eines Geschäftes

Durch die Fassung der Voraussetzung „für einen Anderen", nicht „eines Anderen", ist zunächst die in der Doktrin vertretene, auch in der Gesetzgebung (vergl. sächs. G. B. § 1358; dresd. Entw. Art. 768) zum Ausdrucke gelangte Unterscheidung zwischen objektiv fremdem Geschäfte, wenn das besorgte Geschäft an sich als ein Geschäft des Geschäftsherrn erscheint, und subjektiv fremdem Geschäfte, wenn es an sich als ein solches sich nicht darstellt, wohl aber von dem Geschäftsführer für den Geschäftsherrn bestimmt gewesen ist, abgelehnt[2]. Diese Unterscheidung könnte nur in den Fällen, wenn die Geschäftsbesorgung in einem von dem Geschäftsführer abgeschlossenen Rechtsgeschäfte besteht, praktische Bedeutung haben. Hat jedoch solchenfalls der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen, so unterliegt die Anwendung der Vorschriften des Entwurfes weder für die actio directa noch für die actio contraria einem wesentlichen Bedenken (vergl. §§ 123, 753). In den Fällen, wo der Geschäftsführer das Rechtsgeschäft in eigenem Namen abgeschlossen hat, ist selbstverständliche Voraussetzung, daß der Geschäftsführer bei der Geschäftsbesorgung seinen Willen, im Interesse des Geschäftsherrn das Geschäft zu schließen und für diesen zu handeln, nach außen kundgegeben hat, sei es gegen den Dritten oder in anderer Art in einer Weise, daß der ernste Wille, für den Geschäftsherrn zu handeln, sich zur Genüge offenbarte. Der blos innere Wille ist, wie in allen ähnlichen Fällen, von keiner Erheblichkeit. Liegt aber jene Voraus- für einen Anderen; objektiv oder subj. fremdes Geschäft;

Fälle die freiwillige Hülfe Begünstigung erheische. Der code civil (Art. 1372) und der bayr. Entw. stellen dagegen die Verpflichtung des Geschäftsführers unter den Gesichtspunkt eines mandatsähnlichen Verhältnisses. Im Uebrigen setzen das preuß. A. L. R. und das österr. G. B. eine absichtliche oder doch wissentliche Einmischung voraus, ebenso der code civil (Zachariä II § 441 Note 1). Nach dem sächs. G. B. haftet der Geschäftsführer als solcher (a. n. g. directa) immer, selbst wenn er in unstatthafter Weise oder in der Absicht eigennütziger Ausbeutung, oder in der Meinung, sein eigenes Geschäft zu besorgen, sich einmischt (§§ 1339 ff.). Das bad. L. R. Art. 1372 läßt ebenfalls den Geschäftsführer aus der Führung des objektiv fremden Geschäftes an sich voll haften, selbst wenn er die Eigenschaft des Geschäftes als eines fremden nicht kannte. Ebenso der bayr. Entw. Art. 734, 748, dresd. Entw. Art. 759; dagegen schweiz. Bd. Ges. Art. 469, 470, 473.

[1]) S. Eccius II § 149 S. 445 ff. (A. 18).

[2]) S. Windscheid § 430 (Note 1); Eccius II § 149 Anm. 17; schweiz. Bd. Ges. Art. 469.

setzung vor, so liegt kein Grund vor, diesen Fall hinsichtlich der Rechtsstellung des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers zu einander, und abgesehen von der hier in keiner Weise in Betracht kommenden Rechtsstellung des Dritten, anders zu beurtheilen, als den erstbezeichneten Fall. Dies gilt sowohl für die actio directa als für die actio contraria. Insbesondere findet der Geschäftsherr in Ansehung der actio contraria hier denselben Schutz, wie im Falle, wo der Geschäftsführer in seinem Namen handelte (§ 753), und der Geschäftsführer kann sich in Ansehung der actio directa nicht beklagen, wenn er in Uebereinstimmung mit seinem kundgegebenen Willen als negotiorum gestor in vollem Umfange behandelt wird. Die Feststellung des Begriffes des objektiv fremden Geschäftes würde ohnehin auf große und kaum zu besiegende Schwierigkeiten stoßen.

Wille, das Geschäft als fremdes zu besorgen,

Damit, daß als Erforderniß der negotiorum gestio die Besorgung des Geschäftes für einen Anderen gesetzt wird, ist aber weiter ausgedrückt, daß der Geschäftsführer mit dem Bewußtsein und dem Willen gehandelt haben muß, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen. Dieser Wille wird in der Regel sich schon durch das bewußte Eingreifen in fremde Angelegenheiten manifestiren (s. S. 870, 871). Die Fälle, wo dieses Bewußtsein fehlt, scheiden aber aus der negotiorum gestio ebenso ganz aus, wie die Fälle, wo Jemand das fremde Geschäft nicht für den Anderen, sondern rechtswidrig als eigenes behandelt (§ 761), oder wo Jemand das Geschäft eines Anderen lediglich als Beauftragter eines Dritten besorgt (§ 760). Es genügt also insbesondere auch für die actio directa nicht die bloße Thatsache, daß — objektiv — ein fremdes Geschäft besorgt wurde. Dagegen steht der Irrthum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn der Anwendung der Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag so wenig entgegen, als der Umstand, daß der Geschäftsführer zu der Besorgung des Geschäftes für den Anderen durch ein eigenes Interesse oder das Interesse eines Dritten bestimmt worden ist (§§ 757, 759). Nicht erforderlich ist ferner, daß der Geschäftsführer das an sich fremde Geschäft mit der Voraussetzung eines der Person nach bestimmten Geschäftsherrn besorgt, wenn er es nur für denjenigen, welchen es angeht, besorgt. Eine dieser Auffassung entsprechende Beschränkung hätte ausgesprochen werden müssen; die Fassung des Entwurfes („für einen Anderen") schließt im Gegentheile die Unterstellung solcher Beschränkung aus[1]).

Handeln ohne Auftrag und Amtspflicht.

Voraussetzung der Annahme einer negotiorum gestio ist endlich, daß der Geschäftsführer für den Anderen ohne Auftrag (§ 749; vergl. § 760) und ohne Amtspflicht handelt. Klar ist hiernach die Unanwendbarkeit der Vorschriften über die negotiorum gestio auf die Geschäftsführung der gesetzlichen Vertreter. Durch die Fassung des Entwurfes wird die Anwendung dieser Vorschriften aber auch ausgeschlossen für die Fälle, wenn ein Beamter kraft seines Amtes ein Geschäft eines Anderen zu besorgen hat, ohne daß er als gesetzlicher Vertreter im Sinne des Entwurfes sich betrachten läßt, z. B. wenn ein Konsul den Nachlaß eines in seinem Amtsbezirke verstorbenen Nationalen im Interesse der Erben in Besitz zu nehmen, zu liquidiren und zu verwalten hat. Die Anwendung der Grundsätze über negotiorum gestio wäre hier ebenso unpassend, wie auf die Geschäftsführung des gesetzlichen Vertreters. Der Beamte darf

---

1) Vergl. §§ 2056, 2112; s. Eccius II § 149 Anm. 26.

und kann nicht so eng gebunden sein, wie ein negotiorum gestor. Der Beamte hat vielmehr solchenfalls die freiere Stellung eines Mandatars, womit jedoch keineswegs gesagt ist, daß zwischen ihm und den Betheiligten ein unmittelbares privatrechtliches Verhältniß entstehe. Diesfalls sind vielmehr die einschlagenden öffentlichrechtlichen Vorschriften maßgebend[1]).

Der Geschäftsführer haftet dem Geschäftsherrn für den Ersatz des durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schadens, also auch desjenigen, welcher in concreto dadurch verursacht ist, daß der Geschäftsführer überhaupt sich eingemischt hat. Die von dem Geschäftsführer zu prästirende Sorgfalt bezieht sich auf die Ermittelung der Intentionen des Geschäftsherrn nicht blos in der Richtung, wie einzugreifen sei, sondern auch in der Richtung, ob überhaupt einzugreifen sei (§ 749 Abs. 1, 2)[2]). Von der an sich allgemein, auch in der Gesetzgebung[3]) anerkannten Regel, daß der Geschäftsführer hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden hat und nur insoweit haftet, als er diese Sorgfalt verletzt, wird im geltenden Rechte eine Ausnahme zu Ungunsten des Geschäftsführers für den Fall gemacht, wenn er gegen ein Verbot des Geschäftsherrn oder auch nur gegen die Art und Weise desselben thätig geworden ist. Der Geschäftsführer soll solchenfalls auch für den Zufall haften[4]). Der Entwurf hat eine solche Bestimmung nicht aufgenommen. Nach der Bestimmung in § 749 Abs. 2 ist der Geschäftsführer insbesondere für verpflichtet erklärt zum Ersatze des Schadens, welcher dadurch verursacht ist, daß er gegen den bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erkennbaren Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat. Die Diligenz des Geschäftsführers hat sich also, wie schon bemerkt, nicht blos auf die Ermittelung eines etwaigen ausdrücklichen Verbotes des Geschäftsherrn, sondern darauf zu erstrecken, ob sich dessen Intention überhaupt gegen die Einmischung oder die Art der Einmischung kundgegeben habe. Nur dadurch wird der Geschäftsherr gegen unbefugte und von ihm nicht gewollte Einmischung in seine Angelegenheiten geschützt. Hat der Geschäftsführer bei der ihm hiernach obliegenden Prüfung die gebührende Sorgfalt verletzt, so hat er nach allgemeinen Grundsätzen für alle, nicht blos für die vorauszusehenden Folgen der von ihm zu vertretenden Handlung oder Unterlassung zu haften.

Haftung des Geschäftsführers,

bes. bei Handeln gegen den Willen des Geschäftsherrn,

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 13 § 228 (ohne Auftrag oder ein anderes besonderes durch ausdrückliche Gesetze beigelegtes Recht); österr. G. B. § 1035 (ohne vertragsmäßige, gerichtliche oder gesetzliche Befugniß); code civil Art. 1372 (freiwillige Führung der Geschäfte eines Anderen); sächs. G. B. § 1339 (ohne Auftrag); schweiz. Bd. Ges. Art. 469 (ohne Auftrag); hess. Entw. Art. 346, bayr. Entw. Art. 743, dresd. Entw. Art. 754 (ohne von dem Anderen durch das Gesetz oder die Obrigkeit beauftragt zu sein); Windscheid § 430 Note 1.

[2]) Sächs. G. B. § 1345; schweiz. Bd. Ges. Art. 469; dresd. Entw. Art. 754.

[3]) Windscheid § 430 Note 5; preuß. A. L. R. I, 13 § 245; österr. G. B. § 1040; code civil Art. 1347; sächs. G. B. §§ 1317, 729; schweiz. Bd. Ges. Art. 470 Abs. 1; hess. Entw. Art. 348, bayr. Entw. Art. 374, 691, dresd. Entw. Art. 755.

[4]) Windscheid § 430 Note 7; preuß. A. L. R. I, 13 § 249; österr. G. B. § 1040; sächs. G. B. § 1347; schweiz. Bd. Ges. Art. 470 Abs. 2; bad. L. R. Art. 1374 a; hess. Entw. Art. 350, bayr. Entw. Art. 736, dresd. Entw. Art. 755.

Selbstverständlich hat er demgemäß auch für jeden aus der Einmischung entstandenen Schaden dann einzustehen, wenn die Einmischung sogar gegen den ihm bekannten Willen des Geschäftsherrn erfolgt ist oder der Geschäftsführer gegen die Intentionen des Geschäftsherrn vorsätzlich gehandelt hat. Kein Grund liegt aber vor, den Geschäftsführer, welcher gegen den ihm bekannten Willen des Geschäftsherrn sich eingemischt oder gehandelt hat, darüber hinaus für jeden Zufall haftbar zu erklären. Ebensowenig wäre eine positive Bestimmung, welche die Beweislast in Ansehung des durch die verbotswidrige Einmischung verursachten Schadens zum Nachtheile des Geschäftsführers normirte, gerechtfertigt. Der Geschäftsherr ist durch die Vorschrift, daß der Geschäftsführer für den Schaden haftet, welchen er dadurch verursacht hat, daß er gegen den Willen des ersteren handelte, genügend geschützt.

Ob in der Verdrängung eines von dem Geschäftsherrn bestellten Beauftragten eine Einmischung gegen den Willen des Geschäftsherrn liegt (preuß. A. L. R. a. a. O. § 252; österr. G. B. § 1040; hess. Entw. Art. 350, bayr. Entw. Art. 737), ist eine Thatfrage, welche sich keineswegs für alle Fälle bejahen läßt.

Von der ihm durch die Vorschrift des § 749 Abs. 2 auferlegten Haftung ist der Geschäftsführer jedoch frei, wenn eine der im § 755 bezeichneten Voraussetzungen vorliegt. Soweit nach § 755 der entgegenstehende Wille des Geschäftsherrn auf die mit der actio contraria geltend zu machenden Rechte des Geschäftsführers keinen Einfluß übt, muß auch ein Gleiches für die Bestimmung der aus der Geschäftsführung für den Geschäftsführer entspringenden Verpflichtungen (a. directa) gelten. Den entsprechenden Beweis hat der Geschäftsführer zu erbringen. Die Haftung nach Maßgabe des § 749 Abs. 1 ist aber auch in den Fällen des § 755 begründet.

bei Abwendung einer Gefahr. Die in § 750 zu Gunsten des Geschäftsführers aufgestellte Ausnahme, wonach er in den daselbst bezeichneten Fällen nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit haftet, hat nicht nur das geltende Recht für sich, sondern ist auch in hohem Maße billig und geeignet, Dritte zu vermögen, im Interesse der Gefährdeten helfend einzugreifen, wenn diese außer Stand gesetzt sind, ihr Interesse selbst zu wahren. Die durch die Vorsicht gebotene Schranke liegt darin, daß als Voraussetzung das Vorliegen einer dringenden Gefahr gesetzt ist[1].

Mehrere Geschäftsführer. Haben Mehrere als Geschäftsführer ohne Auftrag gemeinschaftlich ein Geschäft für einen Anderen besorgt, so beurtheilt sich ihre Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 320—341). Es besteht kein Bedürfniß, ihre Haftung als Gesammtschuldner (sächs. G. B. § 1350; hess. Entw. Art. 351, bayr. Entw. Art. 739, dresd. Entw. Art. 758) allgemein auszusprechen, insbesondere von der Regel des § 341 eine Ausnahme zu bestimmen.

Nach der Regel des § 749 hat der Geschäftsführer für den Anderen das Geschäft so zu führen, wie es der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters ent-

---

[1]) Ebenso gemeines Recht, Windscheid § 430 Note 6; preuß. A. L. R. I, 13 § 237; schweiz. Bd. Ges. Art. 470 Abs. 1; bayr. Entw. Art. 736, dresd. Entw. Art. 755.

spricht und hat er hierbei auf die erkennbaren Intentionen des Geschäftsherrn zu achten. Hiernach beurtheilt sich auch die Frage, ob der Geschäftsführer von der einmal unternommenen Geschäftsbesorgung zurücktreten darf. Droht aus dem Zurücktreten für den Geschäftsherrn ein Schaden, welcher nicht entstanden sein würde, wenn der Geschäftsführer sich nicht eingemischt hätte, so ist der letztere zur Vermeidung der Haftung wegen Schadensersatzes die Geschäftsbesorgung fortzusetzen verpflichtet. Im Uebrigen ist eine besondere Verpflichtung zur Fortsetzung der Geschäftsbesorgung nicht anzuerkennen. Jede hierauf abzielende Bestimmung wäre bedenklich[1]). Rücktritt des Geschäftsführers.

§ 751.

Der Geschäftsführer ist dem Geschäftsherrn zur Rechenschaftsablegung und zur Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten nach Maßgabe der Vorschriften über die betreffenden Verpflichtungen des Beauftragten, d. h. der §§ 591, 592, 593, verpflichtet. Es fehlt an einem zureichenden Grunde, die diesfallsigen Verpflichtungen des Geschäftsführers, z. B. in Ansehung der Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen anderen, insbesondere strengeren Normen zu unterwerfen, als die entsprechenden Verpflichtungen des Beauftragten[2]). Rechenschaftsablegung; Herausgabe des Erlangten,

Keiner besonderen Bestimmung bedarf es in Ansehung der Verpflichtung des Geschäftsführers zur Herausgabe rechtsgeschäftlichen Erwerbes (Windscheid § 430 Note 10). Der Geschäftsherr kann selbstverständlich nicht die Herausgabe dieses Erwerbes für sich verlangen, wenn er die erforderliche Genehmigung des Rechtsgeschäftes verweigert. Nimmt er solchen Erwerb für sich in Anspruch, so wird übrigens hierin auch eine Genehmigung des Rechtsgeschäftes mindestens insoweit zu finden sein, als es sich um die von dem Geschäftsführer zum Zwecke des rechtsgeschäftlichen Erwerbes gemachten und dazu erforderlich gewesenen Aufwendungen bezw. die von jenem diesfalls eingegangenen Verbindlichkeiten (§§ 753, 758) handelt. insbes. rechtsgeschäftl. Erwerbes;

Die Verpflichtung des Geschäftsführers zur Leistung des Offenbarungseides bestimmt sich nach § 777. Offenbarungseid.

Der Tod des Geschäftsherrn ändert an sich nichts an den Verpflichtungen des Geschäftsführers. Stirbt der Geschäftsführer, so geht seine Verbindlichkeit zur Fortführung des übernommenen Geschäftes, soweit eine solche besteht, auf seine Erben über, welche in gleicher Weise haften, wie ihr Erblasser (§ 292; vergl. § 241). Eine besondere Bestimmung (vergl. code civil Art. 1373) ist diesfalls entbehrlich. Tod.

---

[1]) Solche Bestimmungen geben das österr. G. B. § 1039, der code civil Art. 1372, das sächs. G. B. § 1346; preuß. A. L. R. I, 13 § 257; hess. Entw. Art. 348, bayr. Entw. Art. 735, dresd. Entw. Art. 754.

[2]) Ebenso im Wesentlichen preuß. A. L. R. I, 13 § 256; Eccius II § 149, A. 62; österr. G. B. § 1039; code civil Art. 1372, 1993; sächs. G. B. §§ 1348, 1310, 1311, 1312, 1393; hess. Entw. Art. 349, 282, bayr. Entw. Art. 734, 692, 693, dresd. Entw. Art. 756; s. Windscheid § 430 Nr. 1 b.

§ 752.

Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsführers; Haftung für Bereicherung.

Die Vorschrift des § 752 beruht auf der Auffassung, daß die negotiorum gestio, mag ihr auch die Eigenschaft eines Rechtsgeschäftes im engeren oder eigentlichen Sinne abzusprechen sein, doch zu den sog. Rechtshandlungen im weiteren Sinne oder zu den unmittelbar eine Rechtsänderung nach sich ziehenden vorsätzlichen Handlungen, welche keine Delikte sind, gehört. Auf diese Rechtshandlungen finden nach dem Standpunkte des Entwurfes prinzipiell, anlangend ihre verbindliche Kraft für den Handelnden in Rücksicht auf Handlungsfähigkeit, die für die Rechtsgeschäfte im engeren Sinne maßgebenden Regeln Anwendung. Diese Anwendbarkeit ergiebt sich im Allgemeinen mit Nothwendigkeit aus den Gründen, auf welchen jene Regeln beruhen. Für die negotiorum gestio von diesem Grundsatze abzuweichen und etwa auf die Regeln von der Deliktsfähigkeit (§§ 708, 709) zurückzugehen, wäre nicht gerechtfertigt. Gründe praktischer Zweckmäßigkeit erheischen eine solche Abweichung nicht. Auch das geltende Recht, abgesehen von dem streitigen gemeinen Rechte, harmonirt mit der Auffassung des Entwurfes[1]), worin zugleich der Beweis liegt, daß kein Bedürfniß einer Abänderung vorliegt. Zum Schutze des Geschäftsherrn dient und ist genügend die vorsorgliche besondere Bestimmung, daß die in concreto begründete Haftung aus unerlaubter Handlung unberührt bleibt.

§ 753.

Anspruch des Geschäftsführers. Negotium utiliter gestum: subj. Prinzip.

Der § 753 bestimmt über die mit der actio contraria geltend zu machenden Ansprüche des Geschäftsführers, bezw. über die Erfordernisse der actio contraria. Letztere hat zur Voraussetzung, daß das negotium utiliter gestum ist. In Beantwortung der Frage aber, was utiliter gestum sei, folgt der Entwurf prinzipiell dem strengen subjektiven Prinzipe, wonach die actio contraria, ohne Unterscheidung zwischen nothwendigen und nützlichen oder vortheilhaften Geschäften bezw. Aufwendungen oder zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften, abhängig ist davon, daß das Eingreifen in die Geschäfte eines Anderen an sich, wie die Art und Weise der Geschäftsbesorgung den wirklichen, nicht blos den bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren, Intentionen des Geschäftsherrn bezw. des gesetzlichen Vertreters desselben (vergl. § 756), entsprochen hat. Diese Voraussetzung drückt der Entwurf damit aus, daß dem Geschäftsführer der Anspruch nur zugesprochen wird, wenn und soweit er dergestalt gehandelt hat, daß anzunehmen ist, es würde sein Verhalten von dem Geschäftsherrn bei Kenntniß der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein. Es tritt noch mehr hervor durch die Beifügung der bloßen Vermuthung, daß der Geschäftsherr das Angemessene gebilligt haben würde (Abs. 2). Dieses Prinzip gilt insbesondere für die zahlreichen Fälle, in welchen der Geschäftsherr von der Sachlage, welche den

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 13 § 274; sächs. G. B. § 1349; schweiz. Bd. Ges. Art. 471; dresd. Entw. Art. 757. Nach der Auffassung des bayr. Entw. (Motive S. 223) soll auch der geschäftsunfähige Gestor von dem Gesichtspunkte der mangelnden Befugniß zur Einmischung unbeschränkt haftpflichtig sein.

Geschäftsführer zum Eingreifen bestimmte, gar keine Kenntniß hatte, vielleicht keine Kenntniß haben konnte[1]).

Die Voraussetzungen der actio directa und der actio contraria sind hiernach verschieden. Während der Geschäftsführer hinsichtlich seiner Pflichten und seiner Verantwortlichkeit für Schaden (a. directa) frei wird, wenn und soweit er trotz Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Intentionen des Geschäftsherrn nicht erkannt und anders gehandelt hat, als dieselben erfordert hätten, genügt zur Begründung der actio contraria nicht der Nachweis, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters allgemein und insbesondere auch nach der Richtung angewendet habe, um die Intentionen des Geschäftsherrn zu erfahren und nach ihnen sich zu richten, wenn gleichwohl das Richtige oder das jenen Intentionen Entsprechende von ihm nicht getroffen wurde. Vielmehr entzieht ihm auch ein unverschuldeter Verstoß gegen die Intentionen des Geschäftsherrn seine Rechte gegen denselben. Für diese strenge Normirung der Voraussetzungen der a. contraria spricht schon der Umstand, daß es der Geschäftsführer ist, an dessen freiwilliges und von dem Geschäftsherrn nicht provozirtes Handeln sich ein Schaden knüpft, welcher von dem einen oder anderen Theile zu tragen ist. Hierbei ist vorzugsweise der Fall ins Auge zu fassen, daß ein dem Geschäftsführer ohne sein Verschulden unbekannt gebliebener Umstand den Geschäftsherrn in Nachtheil bringen würde, wenn er die Geschäftsführung anzuerkennen und dem Geschäftsführer dessen Aufwendungen zu ersetzen hätte, wie z. B. im Falle der Zahlung einer wirklichen

Verschied. Voraussetzungen der a. directa und contraria.

[1]) Ueber die Bestimmungen des Requisites der utilitas bestehen im gemeinen Rechte bekanntlich verschiedene Meinungen, je nachdem das subjektive Moment als ausschlaggebend anerkannt oder das Prinzip der objektiven Nothwendigkeit oder Nützlichkeit betont wird (Windscheid § 430 Note 17). Von den modernen Kodifikationen giebt das preuß. A. L. R. I 13 §§ 234 ff. (Eccius II § 149 S. 450 ff.) dem gestor den Anspruch auf vollen Ersatz nur dann, wenn die Geschäftsbesorgung zur Abwendung eines Schadens erfolgte (objektiv nothwendige Geschäfte), welchem Falle in §§ 238 ff. die blos vortheilhaften Geschäfte gegenübergestellt sind; ebenso das österr. G. B. §§ 1036 ff., der hess. Entw. Art. 353, der bayr. Entw. Art. 741 (unter Beimischung subjektiver Momente) und der dresd. Entw. Art. 760, 768, welcher Alles auf die objektive necessitas stellt. Der code civil Art. 1375 giebt dagegen die actio contraria voll, wenn der Geschäftsführer das Geschäft des Herrn gut geführt hat, ohne zwischen nothwendigen und nützlichen Geschäften zu unterscheiden. Das sächs. G. B. §§ 1345, 1346, 1352 bestimmt den Begriff des utiliter gerere, jedoch mit Ausscheidung der sog. subjektiv fremden Geschäfte (§ 1358) dahin, es habe sich der gestor bei der Geschäftsführung und den dabei gemachten Verwendungen nach dem ihm bekannten wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, eventuell nach der Natur der Sache und nach den Verhältnissen des Geschäftsherrn zu richten. Das schweiz. Bd. Ges. Art. 472 endlich gewährt die actio contraria nur dann, wenn die Uebernahme der Geschäftsbesorgung durch das Interesse des Geschäftsherrn geboten war, und zwar auf Ersatz aller Verwendungen, welche nothwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, sowie auf Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten. Vorausgesetzt ist also, daß in Wirklichkeit objektiv im wahren Interesse des Geschäftsherrn gehandelt worden ist. Andernfalls hat der Geschäftsführer den Anspruch auf Ersatzleistung und Entlastung nur nach Kondiktionsgrundsätzen, bezw. das jus tollendi (Art. 472, 473).

Schuld des Geschäftsherrn an dessen insolventen Schuldner, während dieser jenem eine dem Geschäftsführer unbekannt gebliebene kompensable Gegenforderung schuldete. Es stände mit den allgemeinen Grundsätzen nicht im Einklange, wollte man solchenfalls dem Geschäftherrn die Folgen der von ihm nicht veranlaßten Handlungsweise des Geschäftsführers zur Last legen. Zu einer Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen fehlt es an Gründen des Bedürfnisses oder der Zweckmäßigkeit. Insbesondere wird eine solche Abweichung nicht durch die Besorgniß gerechtfertigt, daß bei dem Mangel einer den Geschäftsführer schützenden Vorschrift viele erwünschte Geschäftsführungen unterbleiben würden und darunter das allgemeine Beste leiden müßte. Es bleibt immer eine ernste Sache, sich unberufen in die Geschäfte eines Anderen zu mischen. Wer sich dazu versteht, mag sich vorsehen und alle Eventualitäten berechnen. Der Gesetzgeber hat erfahrungsgemäß keinen Anlaß, zu Einmischungen in fremde Geschäfte zu ermuntern, welche häufig in der That nicht im Interesse des Geschäftsherrn, sondern lediglich im freilich oft nicht nachweisbaren eigenen Interesse erfolgen. Nicht einmal für Fälle, wenn zur Abwendung eines Nachtheiles oder einer dringenden Gefahr von dem Geschäftsherrn von dem Geschäftsführer eingegriffen wurde, ist eine besondere Ausnahme zu statuiren, soweit nicht in Fällen dieser Art der Anspruch des Geschäftsführers auch nach dem Standpunkte des Entwurfes ohnehin begründet ist. Nur die in § 755 bezeichneten Fälle machen eine Ausnahme. Zu unterscheiden ist insbesondere auch nicht zwischen der Frage, ob überhaupt das Eingreifen den Intentionen des Geschäftsherrn entspricht, und zwischen der Art und Weise der Ausführung; diese Unterscheidung ist an sich inkonsequent und unzweckmäßig, da häufig zweifelhaft sein wird, inwiefern die Besorgung eines neuen Geschäftes oder nur die Ausführung eines bereits unternommenen vorliegt. Auch wenn der Geschäftsherr das Eingreifen an sich billigen müßte, so darf der Geschäftsführer in Ansehung der Ausführung doch nicht dem Mandatar gleichgestellt werden, wie sich schon darin zeigt, daß bei Ertheilung eines Mandates der Geschäftsherr sich zu näheren Anweisungen betreffs der Ausführung veranlaßt sehen kann.

Vermuthung zu Gunsten des Geschäftsführers.

Zur Verhütung einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes ist jedoch die Vorschrift des Abs. 2 erforderlich (s. § 198). Wenn die eventuelle Billigung des Geschäftsherrn entscheiden soll, so muß bei der Entscheidung, ob die Billigung erfolgt sein würde, Alles in Betracht gezogen werden, was den Geschäftsherrn von der Billigung hätte abhalten können, sollte es auch dem Geschäftsführer ohne jedes Verschulden unbekannt geblieben sein. Auch ist an sich dem Geschäftsherrn die Geltendmachung von Umständen zu gestatten, welche ein ordentlicher Hausvater nicht in Anschlag zu bringen pflegt, welche jedoch nach den eigenthümlichen Verhältnissen des Geschäftsherrn von diesem beachtet sein und ihn zur Nichtbilligung bestimmt haben würden. In der letzteren Beziehung muß aber die Beweispflicht dem Geschäftsherrn auferlegt werden. An sich ist anzunehmen, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen. Hiernach ergiebt sich auch die Unbeachtlichkeit frivoler und solcher Behauptungen des Geschäftsherrn, womit dieser etwa darzuthun suchte, er würde die Billigung trotz des

in der Nichtbilligung sich bethätigenden Verstoßes gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung versagt haben. Mit einem derartigen Einwande ist der Geschäftsherr nicht zu hören.

Die mit der actio contraria geltend zu machenden Rechte des Geschäftsführers selbst bestimmt der Entwurf einheitlich dahin: Derselbe hat, wenn und soweit utiliter gestum ist, wie ein Beauftragter des Geschäftsherrn gegen diesen einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten (vergl. § 595). Es fehlt an einem Grunde, die Rechtsstellung des negotiorum gestor in dieser Richtung anders zu normiren, als diejenige des Beauftragten (vergl. § 751). Unter Ersatz der Aufwendungen ist geeignetenfalls auch Vergütung für Dienstleistungen, welche in und bei der negotiorum gestio erfolgten, zu verstehen (arg. §§ 586, 596). Liegen die Voraussetzungen des § 753 einmal vor, so ist der Anspruch des Geschäftsführers unabhängig davon, ob der durch die Geschäftsführung beabsichtigte Erfolg auch eingetreten ist. Dies war behufs der Verdeutlichung des Gesetzes besonders auszusprechen[1]). Inhalt des Anspruches.

Wegen seiner Ansprüche an den Geschäftsherrn steht dem Geschäftsführer nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 233 ff.) das Zurückbehaltungsrecht zu.

§ 754.

Der Entwurf stellt die Absicht, den Geschäftsherrn zu verpflichten (animus obligandi, recipiendi), nicht als Voraussetzung der actio contraria auf (§ 753), spricht vielmehr nur aus, daß dem Geschäftsführer der entsprechende Anspruch nicht zustehe, wenn er ohne den Willen gehandelt habe, den Anspruch zu erlangen. Der Beweis, daß der Geschäftsführer ohne diesen Willen handelte, liegt hiernach für die Regel dem Geschäftsherrn ob (Abs. 1, vergl. § 760). Durch diese Bestimmung wird übrigens der freien Beweiswürdigung des Richters, welche gerade bei Ansprüchen des Geschäftsführers aus der negotiorum gestio im Hinblicke auf die besonderen Umstände und die Verhältnisse, in denen die Betheiligten zu einander stehen, häufig Anwendung finden wird, in keiner Weise vorgegriffen[2]). Absicht, den Geschäftsherrn zu verpflichten.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 430 Note 22; schweiz. Bd. Ges. Art. 472; preuß. A. L. R. I, 13 § 236; österr. G. B. § 1036; hess. Entw. Art. 353; bayr. Entw. Art. 741, dresd. Entw. Art. 760.

[2]) Auf dem Boden des gemeinen Rechtes wird theils die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung der Absicht der Ersatzforderung verlangt, theils die Unterstellung dieser Absicht als regelmäßig gerechtfertigt behauptet, andererseits die Frage als quaestio facti behandelt (Windscheid § 430 Nr. 2a). Das österr. G. B. und der code civil schweigen; für das preuß. Recht vergl. A. L. R. I, 13 § 280, I, 11 §§ 1041, 1042, Eccius II S. 447, 448 (A. 26: Vermuthung für animus obligandi; das Nichtvorhandensein müsse als Einrede bewiesen werden). Das sächs. G. B. § 1353 und der dresd. Entw. Art. 736 sprechen aus, daß, wenn der gestor mit der Absicht zu schenken gehandelt oder zu der Geschäftsführung auf seine Kosten verpflichtet gewesen, die actio contraria ausgeschlossen sei. Der hess. Entw. Art. 352 und der bayr. Entw. Art. 746 stellen den animus recipiendi als Voraussetzung der actio contraria auf, jedoch unter Beifügung einer allgemeinen Vermuthung für das Vorhandensein dieses animus. Das schweiz. Bd. Ges. enthält sich diesfalls jeder Bestimmung.

Alimentation von Abkömmlingen, Eltern.

Die im zweiten Absatze des § 745 enthaltene Interpretationsregel entspricht dem zwischen Eltern bezw. Voreltern und deren Abkömmlingen bestehenden besonderen Verhältnisse, wonach davon auszugehen ist, daß die ohne in concreto bestehende Verpflichtung oder über die Verpflichtung hinaus erfolgte Unterhaltsgewährung lediglich mit Rücksicht auf das besondere, durch die nahe Verwandtschaft begründete Verhältniß in Erfüllung einer Liebespflicht, also ohne den animus recipiendi, geschah. Sie dient in angemessener Weise zugleich zu möglichster Verhütung gehässiger Prozesse zwischen den betreffenden nahen Verwandten. Aus diesen Gründen haben schon das sächs. G. B. (§ 1354) und der dresd. Entw. (Art. 764) eine solche Bestimmung aufgenommen. Die Ausdehnung auf das Verhältniß der Geschwister zu einander (sächs. G. B.) ginge zu weit. Die Interpretationsregel gilt, wie der Entwurf hervorhebt, nur im Verhältnisse zwischen dem Unterhalt Gewährenden und dem Unterhalt Empfangenden. Der Anspruch auf Ersatzleistung nach Maßgabe des § 753 gegen den zum Unterhalte Verpflichteten wird selbstverständlich hierdurch nicht berührt[1]).

Auch, wo die actio contraria wegen Mangels des Ersatzwillens ausgeschlossen ist, kann die actio directa (§ 749) begründet sein. Der Ersatzwille ist nur für die Rechte des Geschäftsführers, nicht für seine durch und aus der Geschäftsführung entstehenden Verpflichtungen von Belang.

Verjährung der a. contraria.

Die actio contraria unterliegt der ordentlichen Verjährung (§ 155) auch dann, wenn die a. contraria darauf gestützt wird, daß der Geschäftsführer einen Gläubiger, dessen Anspruch gegen den Geschäftsherrn der kurzen Verjährung (§§ 156 ff.) unterliegt, befriedigt habe. Ob und inwiefern jedoch in der Berichtigung einer Forderung, welche in naher Zeit verjährt sein würde, ein utiliter gestum liegt, muß der richterlichen Würdigung nach den konkreten Umständen überlassen bleiben.

§ 755.

Zulässiges Handeln gegen Verbot: Erfüllung ein. Verpfl. im öff. Interesse, einer Unterhaltspflicht.

Nach dem subjektiven Prinzipe des § 753 steht dem Geschäftsführer die actio contraria nicht zu, wenn und soweit er gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gehandelt hat. Hiervon macht der Entwurf (§ 755) im Interesse des allgemeinen Wohles und aus Humanitätsrücksichten, sowie in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und den neueren Gesetzgebungen[2]) eine Ausnahme für die Fälle, wenn der Geschäftsführer die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit oder die Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflicht bewirkt hat, vorausgesetzt, daß ohne das Dazwischentreten des Geschäftsführers

---

[1]) Wie der Entwurf auch das zür. G. B. § 1214 (nicht das schweiz. Bd. Ges.). Vergl. Windscheid § 430 N. 15.

[2]) Für das gemeine Recht und die gemeinrechtliche Praxis s. Windscheid § 430 Note 20. Vergl. sächs. G. B. § 1355; bayr. Entw. Art. 737 Abs. 2, Art. 741 ff., dresd. Entw. Art. 765; Dernburg preuß. Priv. R. § 286 Nr. 4; zür. G. B. § 1213. In das schweiz. Bd. Ges. (Schneider und Fick S. 339) wurde dagegen eine ähnliche Bestimmung als gefährlich, sowie deshalb nicht aufgenommen, weil kein dringendes Bedürfniß zu solcher Fürsorge bestehe.

diese Verbindlichkeiten überhaupt nicht oder nicht so erfüllt worden wären, wie sie dem Geschäftsherrn obgelegen haben. In den Fällen des § 755 tritt also an die Stelle des subjektiven Prinzipes das objektive Prinzip, wonach es genügt, daß sachlich die Erfüllung als ein utiliter gestum sich darstellt, und es sind diese Fälle solche, in welchen die sachliche utilitas der Geschäftsführung außer Zweifel steht. Deshalb und im Hinblicke auf die ratio legis muß, wenn die Voraussetzungen des § 755 vorliegen, selbst ein Verbot des Geschäftsherrn gegen die Erfüllung bezw. gegen die Art und Weise der Erfüllung auf die actio contraria des Geschäftsführers (§ 753) ohne Einfluß sein.

Einen schon im röm. Rechte anerkannten Fall der im öffentlichen Interesse gebotenen Erfüllung bildet z. B. die Bestreitung von dem Geschäftsherrn obliegenden Beerdigungskosten (§ 2055; Windscheid § 430 Note 20). Auch kann auf Grund dieser Bestimmung unter Umständen Ersatz gefordert werden in Fällen, in welchen Jemand durch die Obrigkeit im Interesse der öffentlichen Ordnung auf Grund einer nur vorläufigen Prüfung oder Anordnung zur Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung gezwungen wird, während dieselbe in der That einem Anderen obgelegen hat, soweit diesfalls nicht die maßgebenden Gesetze den Ersatzanspruch des Ersteren gegen den Verpflichteten besonders regeln. Bestreitung von Beerdigungskosten.

In Ansehung der Erfüllung einer Unterhaltspflicht über die auf Gesetz beruhende Alimentationspflicht hinauszugehen (sächs. G. B., bayr. und dresd. Entw.), wäre nicht angemessen. Es würden hierdurch Fälle einbezogen, auf welche die ratio legis in keiner Weise zuträfe.

§ 756.

Für das röm. Recht wird angenommen, daß der geschäftsunfähige dominus negotii dem Geschäftsführer in gleicher Weise, wie ein geschäftsunfähiger Geschäftsführer dem Geschäftsherrn (vergl. § 752), nur bis zum Belange der noch vorhandenen Bereicherung hafte (Windscheid § 430 Note 24). Die moderne Gesetzgebung hat diese Beschränkung mit Recht aufgegeben[1]). Die Verpflichtungen des Geschäftsherrn sind von seinem Willen unabhängig. Sie werden ohne Rücksicht auf seinen Willen von dem Gesetze an einen bestimmten Thatbestand geknüpft. Es muß daher in Ansehung dieser Verpflichtungen, wie bei anderen gesetzlichen Obligationen, unerheblich sein, ob der Geschäftsherr geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Hierbei versteht es sich im Hinblicke auf die allgemeinen Grundsätze über die Verpflichtungsfähigkeit übrigens von selbst, daß es bei Anwendung des § 753 auf die Billigung des gesetzlichen Vertreters des Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ankommt. Geschäftsunfähigkeit rc. des Geschäftsherrn.

§ 757.

Der Irrthum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn an sich ist für die Anwendung der Vorschriften über die actio directa und Irrthum über die Person des Geschäftsherrn.

---

[1]) Für das preuß. Recht s. (zu A. L. R. I, 13 § 274) Eccius II § 149 A. 66.

contraria dergestalt unerheblich, daß der wirkliche Geschäftsherr nach Maßgabe jener Vorschriften berechtigt und verpflichtet wird. Der Entwurf spricht dies mit dem geltenden Rechte[1]) aus, um jedem Zweifel über die Beurtheilung des Falles vorzubeugen.

Irrthümliche Annahme des Beauftragtseins.

Keine Bestimmung giebt der Entwurf dagegen über den Fall, wenn der Geschäftsführer irrthümlich angenommen hat, er sei von dem Geschäftsherrn beauftragt oder aus einem sonstigen Grunde zur Geschäftsbesorgung verpflichtet (Windscheid § 431 Note 1; sächs. G. B. § 1339). Wenn sich auch kaum in Zweifel ziehen lassen mag, daß solchenfalls eine negotiorum gestio vorliegt, so bleibt die Beurtheilung doch besser der Rechtswissenschaft überlassen, insbesondere in der Richtung, ob zutreffendenfalls der Geschäftsführer bei einem solchen Irrthume stets, d. h. auch dann, wenn er ohne Verschulden zur Geschäftsbesorgung aus einem Rechtsgrunde sich für verpflichtet erachtete, wonach er nur grobe Fahrlässigkeit oder diligentia quam in suis zu vertreten verbunden wäre (vergl. z. B. §§ 633, 639), auch für jede Fahrlässigkeit aufkommen müsse.

§ 758.

Mangelnde utilis gestio: Anspruch des Geschäftsführers auf Herausgabe der Bereicherung,

Für den Fall, wenn das negotium nicht im Sinne des § 753 utiliter geführt ist — die in § 755 bezeichneten Fälle kommen hier nicht in Betracht, weil unter den dortigen Voraussetzungen das negotium immer utiliter gerirt ist —, spricht der Entwurf dem Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn, falls keine Genehmigung seitens des letzteren erfolgt, den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung nach Maßgabe der Grundsätze über die condictio ob rem (§§ 742—744) zu. In dem unterstellten Falle liegen, auf die Rechte des Geschäftsführers gesehen, in der That alle Erfordernisse der condictio ob rem vor, vorausgesetzt selbstverständlich, daß der Geschäftsführer nicht ohne den animus recipiendi gehandelt hat (§ 754). Fraglich könnte nur erscheinen, ob in allen Fällen die Voraussetzung, unter welcher der Geschäftsführer geleistet hat, nämlich diejenige der nachfolgenden Genehmigung seitens des Geschäftsherrn, als genügend erklärt anzunehmen ist. Gerade zur Vermeidung jedes Zweifels in dieser Richtung muß die Anwendung der Vorschriften über die condictio ob rem auf diesen Fall besonders ausgesprochen werden. Weitere, als die hieraus sich ergebenden Rechte können dem Geschäftsführer nicht zugesprochen werden. Dagegen liegt auch kein Grund vor, den Anspruch des Geschäftsführers nur auf Herausgabe desjenigen, was sich aus der Geschäftsführung noch in dem Vermögen des Geschäftsherrn befindet, zu beschränken. Vielmehr tritt nach den allgemeinen Kondiktionsgrundsätzen an Stelle des von dem Geschäftsführer Geleisteten, wenn der Geschäftsherr dasselbe herauszugeben außer Stande ist, oder das Geleistete seiner Beschaffenheit nach nicht herausgegeben werden kann, dessen Werth, soweit der Empfänger (Geschäftsherr) hierdurch noch bereichert ist (§§ 739, 744). Jene Beschränkung müßte, wenn

[1]) S. Windscheid § 431 Note 9; preuß. A. L. R. I, 13 § 261; sächs. G. B. § 1343; hess. Entw. Art. 357, bayr. Entw. Art. 747, dresd. Entw. Art. 759.

sie an sich berechtigt wäre, für alle Fälle der condictio ob rem bestimmt werden. Mit der Verweisung auf die Grundsätze über die condictio ob rem erledigt sich auch eine Bestimmung über das jus tollendi des Geschäftsführers in Betreff besonderer für den Geschäftsherrn errichteter Anlagen[1]).

Andererseits steht dem Geschäftsherrn, welcher die den Erfordernissen des § 753 nicht entsprechende Geschäftsbesorgung nicht genehmigt, gegen den Geschäftsführer das Recht zu, Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verlangen, falls den Geschäftsführer ein Verschulden trifft. Dieses Recht liegt aber schon in dem diesfalls zustehenden Schadensersatzanspruche (§§ 749, 219), braucht deshalb nicht besonders erwähnt zu werden.

Es liegt im freien Willen des Geschäftsherrn, ob er das inutile negotium genehmigen will. Hat er die Geschäftsführung genehmigt, so muß, soweit die Genehmigung reicht, nicht nur der Geschäftsführer die actio negotiorum contraria erlangen, sondern auch der Geschäftsherr das Recht verlieren, mittels der actio negot. gest. directa eine Pflichtversäumniß des Geschäftsführers zu rügen. Die Genehmigung bewirkt die Befreiung des Geschäftsführers von den betreffenden Ansprüchen des Geschäftsherrn. Wieweit die Genehmigung reicht, ist Thatfrage. Sie kann sich auf das Einschreiten des Geschäftsführers und auf die Art und Weise der Ausführung, aber auch nur auf das Einschreiten, nicht auch oder nicht in vollem Umfange auf die Art der Ausführung beziehen. Der Entscheidung an der Hand der konkreten Umstände darf in dieser Beziehung durch eine gesetzliche Bestimmung nicht vorgegriffen werden. Soweit die Genehmigung sich erstreckt, erlangt der Geschäftsführer hiernach die actio contraria (§ 753), welche sich diesfalls auf den Willen des Geschäftsherrn gründet, und wird derselbe von den Ansprüchen des Geschäftsherrn (§ 749) frei; soweit die Genehmigung nicht reicht, bleiben diese Ansprüche bestehen und ist der Geschäftsführer auf die condictio ob rem beschränkt[2]). *Im Falle der Genehmigung des Geschäftsherrn.*

Diese Genehmigung des Geschäftsherrn untersteht den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsgeschäfte. Insbesondere kann sie ausdrücklich wie stillschweigend erklärt werden. Besonderer Vorschriften bedarf es diesfalls nicht (arg. §§ 72, 74, 127). Stillschweigend kann die Genehmigung z. B. dadurch erklärt werden, daß der Geschäftsherr, ohne zu widersprechen, geschehen läßt, *Rechtliche Natur der Genehmigung.*

---

[1]) Ebenso im Prinzipe (Anspruch auf Bereicherung) das geltende Recht, wenn auch die Bestimmungen wegen der verschiedenen Auffassung des utiliter gestum im Einzelnen von einander abweichen; Windscheid § 430 Note 23; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 231 ff.; sächs. G. B. § 1352; schweiz. Bd. Ges. Art. 473, 472 Abs. 3; hess. Entw. Art. 354, bayr. Entw. Art. 743, dresd. Entw. Art. 761, 762 (sächs. G. B., schweiz. Bd. Ges., bayr. und dresd. Entw. mit Erwähnung des jus tollendi); zum Theil jedoch in der Beschränkung auf das aus der Geschäftsführung in dem Vermögen des Geschäftsherrn noch Befindliche (Windscheid a. a. O.).

[2]) Vergl. § 677. Auf dem Boden des gemeinen Rechtes herrscht Streit, ob durch die Genehmigung die Geschäftsführung in ein Mandat verwandelt werde. Die neueren Gesetze und Entwürfe bestimmen, wie der Entwurf (§ 758 verb. mit § 753) als Rechtsfolge der Genehmigung die Anwendung der Mandatsgrundsätze; preuß. A. L. R. I, 13 § 239 (vergl. aber Eccius II S. 454 ff.); sächs. G. B. § 1340; schweiz. Bd. Ges. Art. 474; hess. Entw. Art. 359, bayr. Entw. Art. 740, dresd. Entw. Art. 760.

daß seine Geschäfte in seiner Gegenwart von einem Anderen besorgt werden. Kein Anlaß liegt vor, für den letzteren Fall positiv zu bestimmen, es liege immer ein Mandat vor[1]). Dagegen muß hier im Gesetze der Fall der Genehmigung des Geschäftsherrn auch aus dem Grunde normirt werden, weil beim Schweigen des Gesetzes im Hinblicke auf § 342 bezweifelt werden könnte, ob eine vom Geschäftsführer nicht akzeptirte und den Inhalt eines Vertrages nicht bildende Genehmigung überhaupt wirksam wäre. Die Frage nach dem Einflusse der Genehmigung auf das Verhältniß des Geschäftsführers oder des Geschäftsherrn zu dritten Personen, mit welchen jener sich eingelassen hat, bleibt hier, wo es sich nur um die obligatorischen Beziehungen zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer handelt, außer Betracht. Diesfalls sind die Grundsätze über die Vertretung maßgebend.

§ 759.

Geschäftsführung im eigenen Interesse,

Die Vorschriften über die negotiorum gestio (§§ 749—758) sind voll anwendbar, auch wenn der Geschäftsführer zu der Geschäftsbesorgung durch ein eigenes Interesse oder durch das Interesse eines Dritten bestimmt worden ist[2]). Auszuscheiden ist allerdings der Fall, wenn zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn ein Gemeinschaftsverhältniß vorliegt, z. B. dadurch, daß das fremde Geschäft mit dem eigenen in untrennbarer Verbindung steht; in einem solchen Falle finden die Vorschriften über die Gemeinschaft Anwendung (§§ 763 ff.)[3]). Abgesehen hiervon darf man aber den im Leben nicht seltenen Fall, wenn der Geschäftsführer in eigenem Interesse gehandelt hat, nicht in gleicher Weise beurtheilen, wie den Fall, wenn Jemand ein fremdes Geschäft in rechtswidriger Absicht als eigenes behandelt (§ 761 Nr. 2). Ist auch das Rechtsinstitut der negotiorum gestio nicht zu dem Zwecke eingeführt, um die Besorgung fremder Geschäfte in egoistischer Absicht zu befördern, so würde doch eine solche Beurtheilung dem in der Regel der Ermittelung und Feststellung sich entziehenden inneren Motive des Handelns eine Bedeutung beilegen, welche demselben im Rechtsverkehre nicht zukommt. Sie wäre praktisch kaum durchführbar, weil meist der Fall so liegt, daß der Geschäftsführer sowohl sein eigenes, als das Interesse des Geschäftsherrn im Auge gehabt hat. War aber das Interesse des Geschäftsherrn zugleich mitbestimmend, so fehlt jeder Anlaß, die Grundsätze über die negotiorum gestio auszuschließen. Schlösse man solchenfalls diese Grundsätze aus, so blieben nur wenige Fälle der negotiorum gestio übrig. Derjenige, welcher ein fremdes Geschäft in bester Absicht besorgt, pflegt regelmäßig auch mit Rücksicht auf ein eigenes Interesse sich einzumischen. Der Geschäftsherr ist zudem in Rücksicht auf die actio contraria durch das dem § 753 zu Grunde liegende subjektive Prinzip gegen jede unbillige Benach-

---

[1]) S. preuß. A. L. R. I, 13 § 247; Eccius II S. 450 A. 41.

[2]) Ebenso gemeines Recht, Windscheid § 431 Nr. 4; preuß. A. L. R. I, 13 § 258, Eccius II S. 446 A. 21; hess. Entw. Art. 358, bayr. Entw. Art. 749.

[3]) Windscheid § 431 Nr. 4a; preuß. A. L. R. I, 13 § 259 (s. Eccius II S. 446 A. 21); hess. Entw. Art. 358 Abs. 2, dresd. Entw. Art. 759.

theiligung geschützt, und zwar ohne Unterschied, ob das besorgte Geschäft ein objektiv fremdes war oder nicht. In gleicher Weise ist aus ähnlichen Gründen der Fall zu beurtheilen, wenn der Geschäftsführer zu der Geschäftsbesorgung durch das Interesse eines Dritten bestimmt wurde, immer vorausgesetzt, daß im Uebrigen die Voraussetzungen der negotiorum gestio vorliegen (vergl. § 760). Dies gilt für die actio contraria insbesondere von dem animus recipiendi. Auch diesfalls gelten die allgemeinen Grundsätze; ein Anlaß, hier etwa besonders zu bestimmen, der Geschäftsführer erlange die actio contraria nur dann, wenn er die an dieselbe sich knüpfenden Rechte gegen den Geschäftsherrn habe erlangen wollen, liegt nicht vor (§ 754). Ebensowenig ist eine Entscheidung darüber erforderlich, ob, wenn der Geschäftsführer mit dem Willen gehandelt hätte, den Dritten und den Geschäftsherrn zu verpflichten, ihm auch Beide haften. im Interesse eines Dritten.

§ 760.

Wenn Jemand ein fremdes Geschäft im Auftrage nicht des Geschäftsherrn, sondern eines Dritten besorgt, so ist zu vermuthen, der Geschäftsführer erfülle durch die Geschäftsbesorgung nur das Mandat, so daß durch dieselbe — von Deliktsfällen abgesehen — auch nur zwischen ihm und dem Auftraggeber Rechtsbeziehungen entstehen können. Möglich ist allerdings, daß der Geschäftsführer in der Absicht gehandelt hat, nicht allein das Mandat zu erfüllen, sondern zugleich als Geschäftsführer des Geschäftsherrn diesem sich und sich denselben aus der Geschäftsbesorgung zu verpflichten. Diese Absicht bedarf aber des besonderen Nachweises. Steht sie fest, so unterliegt es keinem Bedenken, insoweit zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer eine nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilende negotiorum gestio anzunehmen (s. Windscheid § 431 Nr. 2). Auftrag eines Dritten.

§ 761.

Wird von Jemandem ein (objektiv) fremdes Geschäft in der Meinung, daß es ein eigenes sei, als solches, nicht für den, welchen es wirklich angeht, besorgt, so sind die Vorschriften über die negotiorum gestio unanwendbar. Vielmehr haften der Geschäftsführer und der Geschäftsherr nur einander auf Herausgabe der dem Einen oder Anderen aus der Geschäftsbesorgung zugegangenen Bereicherung nach Maßgabe des § 748 Abs. 3, unbeschadet der Haftung des Geschäftsführers aus unerlaubter Handlung. Der Entwurf weicht hierin vom geltenden Rechte[1]) zum Theil ab. Solchenfalls Irrthümliche Besorgung als eigenes Geschäft. Gegenseitiger Bereicherungsanspruch.

---

[1]) Ebenso für das gemeine Recht Windscheid § 431 Nr. 4 d, Note 18, wogegen nach dem sächs. G. B. § 1342 und dem schweiz. Bd. Ges. Art. 473 und nach den neueren Entwürfen (hess. Entw. Art. 357 Abs. 2, bayr. Entw. Art. 748, dresd. Entw. Art. 759, 761) zwar die Haftung des Geschäftsherrn auf die Bereicherung beschränkt, der Geschäftsführer dagegen der actio negotiorum directa ausgesetzt ist. Im preuß. Rechte ist solchenfalls der Geschäftsführer nicht nach den Grundsätzen über negotiorum gestio berechtigt oder verpflichtet; es greifen vielmehr die Grundsätze über die Klage aus nützlicher Verwendung ein (s. Eccius II S. 446 A. 21, 448 ff.).

kann man aber zunächst dem Geschäftsherrn die actio negotiorum gestorum directa nicht zugestehen, ohne mit allgemeinen Grundsätzen in Widerspruch zu gerathen. Schuldlosigkeit des Geschäftsführers vorausgesetzt, ist das vielfach auch in der Gesetzgebung vertretene Prinzip, daß für die actio neg. gest. directa es genüge, wenn nur ein objektiv fremdes Geschäft vorgelegen habe, unhaltbar. Die nothwendige Voraussetzung auch dieser Klage, bezw. einer negotiorum gestio im juristischen Sinne, ist vielmehr das Bewußtsein des Geschäftsführers und der sich hieraus nothwendig ergebende, aus den Umständen erkennbare Wille, sich mit einem fremden Geschäfte zu befassen (s. S. 855, 856). Noch weniger kann in den fraglichen Fällen die actio negot. gest. contraria Platz greifen. Sie ist schon deshalb ausgeschlossen, weil dem Geschäftsführer der animus obligandi gefehlt hat. Geschäftsführer und Geschäftsherr sind vielmehr auf den Bereicherungsanspruch (§ 748) zu beschränken. Allerdings aber kann möglicherweise daneben der Geschäftsführer auch für Schadensersatz nach den allgemeinen Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 704 ff.) haftbar sein, soweit ihm eine solche deshalb zur Last fällt, weil er fahrlässigerweise in den Rechtskreis eines Dritten schädigend eingegriffen hat. In dieser Richtung, weil ein fahrlässiges Delikt in Frage steht, wird also erheblich, ob die irrige Meinung des Geschäftsbesorgers eine verschuldete war oder nicht (Abs. 2).

Haftung aus Delikt.

Genehmigung des Geschäftsherrn.

Ueber die Folgen einer Genehmigung des Geschäftes von Seiten des Geschäftsherrn schweigt der Entwurf. Von einer Genehmigung im gewöhnlichen Sinne, d. h. von einer solchen einseitigen Erklärung, durch die der Geschäftsherr das Verhalten des Geschäftsführers mit der Wirkung billigte, daß er dadurch den Kreis seiner Rechte erweiterte und sich im Widerspruche mit dem erwähnten Prinzipe der negotiorum gestio die an die actio neg. gest. directa sich knüpfenden Ansprüche verschaffte, kann hier ohnehin keine Rede sein. Ebensowenig kann aber eine solche einseitige Genehmigung für den Geschäftsführer die actio neg. gest. contraria begründen. Nach den allgemeinen Grundsätzen unterliegen vielmehr die Rechtsbeziehungen, welche im Falle der Nr. 1 nach der Vorschrift des Entwurfes entstanden sind, der Aenderung nicht im Wege eines einseitigen Rechtsgeschäftes, sondern nur im Vertragswege. Ein Grund zu einer Abweichung durch positive Bestimmung[1]) liegt nicht vor.

Rechtswidrige Besorgung als eigenes Geschäft; Delikt.

Hat Jemand ein fremdes Geschäft in **rechtswidriger Absicht als eigenes** behandelt[2]), so können die Vorschriften über die negotiorum gestio gleichfalls keine Anwendung finden. Der Geschäftsführer haftet vielmehr nach den Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen (Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3). Wer ein fremdes Geschäft, wissend, daß es ein fremdes ist, für sich als eigenes behandelt, macht sich einer unerlaubten Handlung schuldig, welche den Thäter zur Leistung des vollen Schadensersatzes verpflichtet (§§ 218, 219 ff., §§ 715 ff.). Dieser Anspruch greift so weit, daß kein Bedürfniß vorliegt, dem Geschäftsherrn außerdem die actio neg. gestorum directa

---

[1]) Schweiz. Bd. Ges. Art. 473.

[2]) Windscheid § 431 Nr. 4 c; sächs. G. B. § 1356: a. directa und a. contraria, letztere auf die Bereicherung; ebenso dresd. Entw. Art. 761; schweiz. Bd. Ges. Art. 473.

zuzugestehen. An sich schon involvirte es eine Denaturirung des Begriffes der negotiorum gestio, wenn man denjenigen, welcher rechtswidrig fremde Geschäfte als eigene behandelt, z. B. den Dieb, als negotiorum gestor beurtheilte. Denn es genügt, wie oben bemerkt, weder das bloße Bewußtsein, ein fremdes Geschäft zu besorgen, noch der sich daraus ergebende innere Wille, solches zu thun, zur Annahme einer negotiorum gestio. Vielmehr muß der ernste Wille, ein fremdes Geschäft als fremdes zu besorgen, und eine, wenn auch nur aus den Umständen sich ergebende Offenbarung dieses Willens hinzutreten. Dies trifft aber bei demjenigen, welcher ein fremdes Geschäft wissentlich als eigenes behandelt, nicht zu. Die Anwendung der Grundsätze über die actio negotiorum gestorum directa läßt sich auch nicht auf die Behauptung stützen, daß ohne sie derjenige, welcher rechtswidrig ein fremdes Geschäft als eigenes behandele, günstiger gestellt sei, als derjenige, welcher die Besorgung in bester Absicht vornehme. Im Allgemeinen ist seine Rechtsstellung wegen seiner Haftung für vollen Schadensersatz aus dem Delikte gewiß keine bessere. Die günstigere Stellung, welche sich vielleicht in einigen Richtungen ergeben kann (vergl. §§ 719, 720), zeigt sich überall, wo Vertrags- oder sonstige obligatorische Verpflichtungen schuldbar verletzt sind. Im Einzelnen kommt in Betracht, daß die Verpflichtung zur Herausgabe (§ 751) fast ausnahmslos durch die Verpflichtung zum Schadensersatze (§§ 218, 219) gedeckt sein wird, sowie, daß in Ansehung der Rechnungspflicht (§ 751) nicht ausgeschlossen ist, unter besonderen Umständen aus der Verpflichtung zum Ersatze des vollen Interesses auch ein Recht des durch eine unerlaubte Handlung Verletzten auf Manifestation des Erlangten abzuleiten. Man könnte endlich jedenfalls die Grundsätze über die actio directa nicht hier allein für anwendbar erklären, sondern müßte sie zu Gunsten des Verletzten auch in anderen Deliktsfällen zulassen, wodurch aber die Grundsätze über die Haftung aus Delikten eine tiefgreifende Aenderung erlitten. Eine besondere Bestimmung, daß der Geschäftsführer solchenfalls die aus seinem Vermögen dem Geschäftsherrn zugegangene Bereicherung verlangen könne, ist im Hinblicke auf die Vorschrift des § 718 nicht erforderlich.

Versionsklage. Klage aus nützlicher Verwendung.

Der Entwurf kennt, wie schon aus den Vorschriften über die Kondiktionen (bes. § 748) und die negotiorum gestio erhellt, keine Versionsklage im Sinne des gemeinen Rechtes[1]) oder des preuß. A. L. R.[2]). Besondere Versionsklage.

[1]) S. Windscheid § 483. Das sächs. G. B. spricht aus, daß die bloße Verwendung in den Nutzen eines Anderen keinen Anspruch auf Erstattung gebe, wenn der Andere die Verwendung nicht genehmige (§ 1357), und, daß die Verwendungsklage stattfinde, wenn ein Stellvertreter dasjenige, was er aus dem in eigenem Namen mit einem Dritten geschlossenen Rechtsgeschäfte erhalten, in den Nutzen des von ihm Vertretenen verwende. Dem schweiz. Bd. Ges. ist, wie dem Entwurfe, jede besondere Versions- oder Verwendungsklage fremd.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 13 §§ 262 ff., Eccius II § 148, § 149 A. 32, § 450 S. 459.

Vorschriften sind insbesondere nicht für die Fälle erforderlich, wenn ein negotiorum gestor für den Geschäftsherrn und im Namen desselben mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft geschlossen hat, dessen Genehmigung der Geschäftsherr verweigert, oder wenn ein Beauftragter oder ein gesetzlicher Vertreter oder auch ein negotiorum gestor ein Rechtsgeschäft in eigenem Namen mit einem Dritten geschlossen hat und aus einem solchen Geschäfte der Vertretene bereichert worden ist. Ersterenfalls steht dem Dritten ein Bereicherungsanspruch gegen den Geschäftsherrn schon nach den allgemeinen Grundsätzen als condictio ob rem oder sine causa zu, sofern der Geschäftsherr eine Leistung des Dritten entweder unmittelbar von diesem oder durch Vermittelung des Geschäftsführers empfangen hat, bei welcher Voraussetzung oft sogar eine für die Kondiktion keinen Raum lassende Genehmigung des Rechtsgeschäftes von Seiten des Geschäftsherrn anzunehmen sein wird. Auch für die Fälle der zweiten Kategorie ist dem Dritten gegen den Vertretenen ein besonderer Bereicherungsanspruch (die actio de in rem verso utilis im Sinne der gemeinrechtlichen Doktrin) nicht beizulegen. Nach den Konditionsgrundsätzen ließe sich der Bereicherungsanspruch schon wegen der dem Dritten gegen den Vertreter zustehenden Rechte und, weil diesfalls von einer nicht gewollten Vermögenseinbuße keine Rede sein kann, nicht begründen. Es fehlt auch, wenn der Vertreter von seinen Gläubigern belangt werden kann und zahlungsfähig ist, an einem Bedürfnisse, diesfalls einen besonderen Bereicherungsanspruch anzuerkennen. Anders läge in dieser Hinsicht der Fall, wenn der Vertreter nicht belangt werden könnte, bezw. zahlungsunfähig ist. Doch fordern überwiegende Gründe, von einer positiven Bestimmung der erwähnten Art abzusehen. Hat nämlich der Vertreter eine von dem Dritten aus dem Geschäfte empfangene Leistung dem Vertretenen zugewendet, so liegt hierin dann jedenfalls keine Bereicherung, wenn der letztere dem Vertreter zu einem Aequivalente (z. B. auf Grund der actio mandati oder negotiorum gestorum contraria) verpflichtet ist. Ist diese Verpflichtung erfüllt, so ist die Annahme einer Bereicherung selbstverständlich ausgeschlossen und deshalb dem Dritten nicht zu helfen. Für den Fall, daß die Verpflichtung in Ansehung dieses Aequivalentes noch aussteht, wäre zwar möglich, dem Dritten das Recht beizulegen, für sich die Erfüllung zu fordern. Allein eine angemessene Regelung dieses Rechtes ist mit großen Schwierigkeiten verbunden. Die Aushülfe des bayr. Entw. Art. 750, nach welchem solchenfalls der Dritte vom Vertreter die Abtretung seiner Rechte soll fordern können, ist schon deshalb nicht zu billigen, weil sie dem Dritten für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Vertreters u. s. w. keine Hülfe gewährt. Zu helfen wäre nur etwa auf dem Wege, daß der Dritte für befugt erklärt würde, die Ansprüche des Vertreters auch ohne Abtretung als Bereicherungsanspruch in Höhe jener Ansprüche, soweit sie noch beständen, geltend zu machen (vergl. dresd. Entw. Art. 90 Abs. 2). Hieraus ergäbe sich jedoch ein äußerst verwickeltes und unklares Verhältniß, ohne daß für den Dritten eine vollkommene Hülfe erreicht würde. Jede positive Vorschrift müßte hiernach unzweckmäßig und unzureichend ausfallen. — Dem Vertretenen kann endlich allerdings auch durch den Vertreter das von dem Dritten Empfangene schenkungsweise zugewendet worden sein. Auch solchenfalls

kann aber von einer ungerechtfertigten Bereicherung keine Rede sein, und gleichwohl den Bereicherungsanspruch einzuräumen, wäre eine Anomalie, welche schon wegen Seltenheit der betreffenden Fälle bedenklich wäre.

Der Entwurf gewährt hiernach keinen von den Voraussetzungen des Kondiktionenrechtes unabhängigen Anspruch.

Dritter Titel.

Gemeinschaft.

§ 762.

Der Entwurf spricht den Grundsatz, daß, wenn ein Recht ungetheilt mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, Gemeinschaft nach Bruchtheilen, d. h. nach ideellen, im Verhältnisse zum Ganzen gedachten Antheilen, anzunehmen ist, als einen allgemeinen für alle Rechte, welche in dieser Weise mehreren Personen zustehen können, nicht blos für das Miteigenthum (§§ 946 ff.), aus. Durch die Voraussetzung der ungetheilten Zugehörigkeit sind für die Regel ausgeschlossen die nach Maßgabe der Vorschrift des § 320 ipso jure unter den mehreren Gläubigern bezw. unter den mehreren Erben des Gläubigers getheilten Forderungen. Grundsatz: Gemeinschaft nach Bruchtheilen.

Die in § 762 aufgestellte Regel ist eine absolute, welche willkürlich, durch Privatautonomie, weder allgemein noch für gewisse Rechte, außer Anwendung oder durch ein anderes Kommunionsverhältniß ersetzt werden kann. Insbesondere kann ohne Zulassung durch das Gesetz ein anderes Miteigenthum, als das nach Bruchtheilen, nicht geschaffen werden[1]). Nur soweit aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt, findet das der betreffenden gesetzlichen Norm entsprechende abweichende Gemeinschaftsverhältniß statt[2]). Die Gemeinschaft nach Bruchtheilen wird insbesondere durch die Erbengemeinschaft begründet (§§ 1749, 1750, 2151). Absolutes Prinzip.

Auf jede Gemeinschaft nach Bruchtheilen finden die Vorschriften dieses Titels Anwendung, wenn nicht für eine bestimmte Gemeinschaft im Einzelnen Abweichendes bestimmt ist (Abs. 2). Die nothwendige Beschränkung dieses Satzes ergiebt sich aus der Vorschrift des § 773, wonach, wenn die Gemeinschaft auf einem Gesellschaftsverhältnisse beruht, in erster Linie die Vor-

---

[1]) Vergl. §§ 631, 641, 645, 656, 773; §§ 946 ff., § 1750.

[2]) S. § 659 (offene Erwerbsgesellschaft); §§ 1342, 1344, 1373, 1397 (Gesammtgut bei allgemeiner Gütergemeinschaft); §§ 1411, 1417 (Gesammtgut bei Errungenschaftsgemeinschaft); § 1431 (Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft); vergl. § 827 und Anmerkung hierzu.

schriften über die Gesellschaft, diejenigen über die Gemeinschaft (§§ 763—772) nur subsidiär gelten[1]).

Gegenstände einer Gemeinschaft.

Der Entwurf enthält sich einer Bestimmung darüber, was Gegenstand einer Gemeinschaft sein kann. Dies ergiebt sich im Einzelnen aus den Vorschriften über die in Frage kommenden Rechtsinstitute. Die allgemeine Fassung der §§ 763 ff. („gemeinschaftlicher Gegenstand") zeigt übrigens, daß die Vorschriften des Titels z. B. auch gelten für eine Gemeinschaft des (gutgläubigen) Besitzes und der Inhabung. Zu bemerken ist, daß der Entwurf den Begriff der Gemeinschaft nicht auf Vermögensgegenstände beschränkt[2]).

Die analoge Anwendung der Vorschriften (§§ 763 ff.), mindestens soweit sie nicht Gemeinschaft nach Bruchtheilen zur Voraussetzung haben, auf andere Gemeinschaften, soweit diesfalls besondere Vorschriften fehlen, ist nicht ausgeschlossen, übrigens der Wissenschaft und Praxis zu überlassen.

§ 763.

Verfügungen eines Theilhabers über seinen Antheil;

Die Vorschriften des § 763 sind im Wesentlichen Konsequenzen aus dem Wesen der Gemeinschaft nach Bruchtheilen und in dem geltenden Rechte grundsätzlich überall anerkannt[3]). In der rechtlichen Verfügung über seinen Antheil ist kein Theilhaber beschränkt, soweit der Bruchtheil Gegenstand eines Rechtes sein kann. Der Antheil ist selbständiges freies Vermögensobjekt des Theilhabers, welchem er zusteht[4]), also auch der Zwangsvollstreckung zu Gunsten der Gläubiger des betreffenden Theilhabers unterworfen. Derselbe kann hiernach auch durch Veräußerung seines Antheiles einen anderen Theilhaber an seine Stelle setzen, sofern nicht das Gesetz die Veräußerung für unzulässig erklärt. Die anderen Theilhaber können der Veräußerung nicht widersprechen, wenngleich sie aus irgend welchem Grunde durch die Veräußerung ihr Interesse für bedroht halten sollten. Der Entwurf räumt auch den anderen Theilhabern kein Vorkaufsrecht an dem zur Veräußerung gebrachten Antheile ein[5]). Rechts-

---

1) In der bestehenden Gesetzgebung findet sich diese nothwendige Unterscheidung gleichfalls; preuß. A. L. R. I, 17 §§ 6—9; österr. G. B. §§ 825, 826; sächs. G. B. § 1392; hess. Entw. IV, 2 Art. 406, 407, bayr. Entw. Art. 586, dresd. Entw. Art. 850 (Gegensatz zwischen zufälliger und vertragsmäßiger, bezw. durch Gesellschaftsvertrag begründeter Gemeinschaft); vergl. Windscheid § 449 Note 1.

2) S. §§ 817, 1184 Abs. 1. Vergl. Windscheid § 449 Note 1.

3) Windscheid § 169a; preuß. A. L. R. I, 17 §§ 4, 5, 10 ff., 60, 69; österr. G. B. §§ 361, 828, 829; sächs. G. B. §§ 329, 330, 1367, 1392; zür. G. B. § 555; hess. Entw. II Tit. 3 Art. 2, IV Art. 409, bayr. Entw. Art. 590, dresd. Entw. Art. 850, 852.

4) S. § 948, § 1012.

5) Nach preuß. A. L. R. a. a. O. § 66 können die anderen Theilhaber durch sofortigen Antrag auf Theilung die Veräußerung verhindern, auch der Veräußerung eines Antheiles widersprechen, wenn für sie aus der Person des bestimmten Erwerbers erweislich ein Nachtheil entsteht. Auch haben sie ein (gesetzliches) Vorkaufsrecht; A. L. R. a. a. O. §§ 61—65, 74, Ges. v. 2. März 1850 § 4. Ein Vorkaufsrecht giebt auch der bayr. Entw. Art. 590 jedem der anderen Theilhaber; vergl. bayr. Landtagsabschied v. 10. November 1861 § 28 Nr. 2.

geschäftliche Verfügungsbeschränkungen, z. B. eine auf Nichtveräußerung gerichtete Vereinbarung der Kommunionsinteressenten, wirken zwar obligatorisch unter denselben, nicht aber gegen Dritte (vergl. §§ 796, 295 Abs. 2, § 312). Mit dem geltenden Rechte hebt der Entwurf ferner (im Sinne einer Dispositivvorschrift) hervor, daß über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen nur von allen Theilhabern gemeinschaftlich rechtlich verfügt werden kann, wonach das betreffende Rechtsgeschäft gemeinschaftlich vorzunehmen ist, sowie, daß ein Gleiches auch von der thatsächlichen Verfügung über den Gegenstand im Ganzen gelte (Prinzip der gesammten Hand)[1]. Nach dem letzten Satze des § 763 ist insbesondere kein Theilhaber befugt, den ihm an sich zustehenden Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstandes (§ 765 Abs. 2) in einer Weise auszuüben, daß dieser Gegenstand hierdurch verschlechtert wird. Es wäre dies eine „thatsächliche Veränderung". Einseitige Verfügungen eines Theilhabers über das Ganze stehen, wie solche Verfügungen über den Antheil eines Anderen, der Verfügung über fremdes Vermögen gleich. Immer ist hier unter rechtlicher Verfügung das dingliche Rechtsgeschäft verstanden. Die Wirksamkeit der Uebernahme einer vertragsmäßigen Verpflichtung zur Verfügung über das Ganze oder den Antheil eines Anderen steht unter allgemeinen Grundsätzen (§ 348). Verfügung über den ganzen Gegenstand.

§ 764.

Die Auslegungsregel des § 764 entspricht der Natur der Dinge und findet sich überall im geltenden Rechte[2]. Die Aufnahme empfiehlt sich aus Zweckmäßigkeitsgründen. In einem anderen Sinne, nämlich positiv, bestimmt dagegen § 827, daß, wenn ein Recht als mehreren Personen gemeinschaftlich und ungetheilt zustehend in das Grundbuch eingetragen ist, soweit nicht aus dem Inhalte der Eintragung ein Anderes sich ergiebt, Gemeinschaft nach Bruchtheilen und Gleichheit der Bruchtheile als eingetragen gelte. Eine Modifikation der Regel des § 764 enthält § 1058 Abs. 1 Satz 2. Vermuthung für Gleichheit der Antheile.

§ 765.

Im Prinzipe hält der Entwurf daran fest, daß auch die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes allen Theilhabern nur gemeinschaftlich zusteht (Abs. 1)[3]. Unbeschränkt kann dieses Prinzip nicht durchgeführt werden. Eine Ausnahme ist geboten einmal in Ansehung der zur Erhaltung des gemein- Gemeinschaftliche Verwaltung des Gegenstandes.

---

[1] Auch nach preuß. A. L. R. gilt dieses Prinzip, modifizirt jedoch aus Erwägungen der Zweckmäßigkeit durch das Majoritätsprinzip, wogegen wieder Schutzvorschriften für die Minderheit gegeben sind, A. L. R. a. a. O. §§ 10—24.

[2] Preuß. A. L. R. a. a. O. § 2; österr. G. B. § 839; Zachariä, franz. Civ. R. I § 197; sächs. G. B. § 328; hess. Entw. Art. 414, bayr. Entw. Art. 587, dresd. Entw. Art. 850; vergl. § 631 Abs. 4 (§ 647).

[3] Ueber das Recht auf Mitbesitz s. § 951, § 817; vergl. noch §§ 985, 1184 Abs. 1, § 1185 Abs. 2.

schaftlichen Gegenstandes erforderlichen Maßregeln (s. § 766). Daneben muß in gewissem Umfange auch das Majoritätsprinzip zugelassen werden[1]). Hierbei ist jedoch, wie schon der Fall zeigt, wenn der Antheil eines Theilhabers allein mehr als die Hälfte beträgt, mit Vorsicht zu verfahren. Dem entspricht die Beschränkung, mit welcher das Majoritätsprinzip in Abs. 3 als Regel aufgestellt ist. Dasselbe Majoritätsprinzip ist nur anzuerkennen, wenn die betreffende Maßregel der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entspricht und das Sonderrecht eines Theilhabers in Ansehung der Nutzungen, d. h. des Gebrauches und der Früchte, nicht verletzt, worüber nöthigenfalls der Richter zu entscheiden hat. Im Falle der Stimmengleichheit verbleibt es hiernach bei dem Grundsatze: potior est conditio prohibentis. Die Stimmenmehrheit bestimmt sich aber nicht nach der Kopfzahl, sondern nach der Größe der Antheile, und ist absolute Majorität erforderlich (Abs. 3 Satz 2). Dies ist geltendes Recht[2]). Diese Anerkennung des Majoritätsprinzipes gewährt der Majorität die Möglichkeit, eine vom Standpunkte eines ordentlichen Hausvaters für sachgemäß zu erachtende Maßregel gegen den Willen der Minderheit durchzuführen. Findet sich die Minderheit durch den Beschluß der Mehrheit in ihrem Interesse verletzt, so kann sie nicht allein die Entscheidung des Richters abwarten oder anrufen, ob die beschlossene Maßregel den Voraussetzungen des Abs. 3 entspricht, sondern auch die Aufhebung der Gemeinschaft betreiben. Dem Mißstande, welcher sich daraus ergeben kann, daß die Minderheit oder ein einzelner Theilhaber eine angemessene Maßregel nicht durchzusetzen vermag, weil die Mehrheit dagegen oder eine Beschlußfassung nicht erreichbar ist, und die betreffenden Theilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft nicht verlangen können, begegnet die Vorschrift des § 772.

Majoritätsbeschlüsse. — *Absolute Majorität nach Größe der Antheile.*

Beauftragung eines Theilhabers mit der Verwaltung.

Wird ein Theilhaber mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes beauftragt, so liegt ein gewöhnliches Auftragsverhältniß vor, welches der Beurtheilung nach den Vorschriften über den Auftrag (§§ 585 ff.) unterliegt. Eine derartige Auftragsertheilung hat nichts gemein mit dem Falle, wenn im Gesellschaftsvertrage ein Gesellschafter zum Geschäftsführer berufen wird (§§ 636—638).

---

[1]) Als Regel gilt auch im preuß. A. L. R. das Prinzip der gemeinschaftlichen Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, jedoch wesentlich modifizirt durch das Majoritätsprinzip in Ansehung der Art der Verwaltung und Benutzung, was auch hier besondere Schutzvorschriften für die Minderheit nöthig machte (I, 17 §§ 10 ff., 25 ff., 36 ff.). Aehnlich das österr. G. B. §§ 833 ff.: in Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benutzung des Hauptstammes betreffen, gilt jedoch das Majoritätsprinzip; die überstimmte Minderheit kann bei wichtigen Veränderungen Sicherstellung für künftigen Schaden verlangen (ebenso zür. G. B. § 562). Das sächs. G. B. § 331 erkennt das Majoritätsprinzip nur bei Meinungsverschiedenheit über die Ausführung an, wenn die Theilhaber über die Art der Verwaltung und Benutzung einverstanden sind. Nach dem bayr. Entw. Art. 589 ist das Majoritätsprinzip in Ansehung der Verwaltung und Benutzung zur Regel erhoben; auf dem gleichen Standpunkte, mit geringen Modifikationen, steht der dresd. Entw. Art. 853.

[2]) Preuß. A. L. R. a. a. O. § 21; österr. G. B. § 833; zür. G. B. § 562; sächs. G. B. § 331; bayr. und dresd. Entw. a. d. a. O.

Der zweite Absatz entscheidet zunächst die in der Theorie bestrittene Frage, inwieweit die Theilhaber zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes befugt sind, und bestimmt über das Maß des Antheilsrechtes der Inhaber an den Früchten des gemeinschaftlichen Gegenstandes, je in der dem Wesen der Gemeinschaft entsprechenden Weise (vergl. § 817). Entgegenstehende Vereinbarung der Theilhaber über die Sonderrechte der Einzelnen ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Derartige Vereinbarungen, namentlich über die Art der Benutzung und Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, rufen aber nur obligatorische Rechtsbeziehungen unter den Vertragschließenden hervor, binden also nicht auch die Sondernachfolger[1]).

Gebrauch, Früchte des gemeinschaftlichen Gegenstandes.

§ 766.

Die jedem Theilhaber gegenüber den übrigen Theilhabern obliegende Verpflichtung, nach Verhältniß seines Antheiles die auf dem gemeinschaftlichen Gegenstande ruhenden Lasten und die zur Erhaltung desselben nöthigen Kosten zu tragen, entspringt aus der Gemeinschaft und ist überall anerkannt[2]). Der Entwurf legt den Theilhabern als solchen gegeneinander noch die weitere Verpflichtung auf, nach Verhältniß ihrer Antheile auch die Kosten der Verwaltung und Benutzung des Gegenstandes zu tragen. In nicht zu billigender Weise wird anderwärts (sächs. G. B. § 335; dresd. Entw. Art. 851) in Ansehung der letzteren Verpflichtung die regelmäßige Benutzung für maßgebend erklärt. Maßgebend ist diesfalls vielmehr der Umstand, inwieweit der betreffende Theilhaber nach der Vorschrift des § 765 die Benutzung des Gegenstandes zu dulden hat. Der gleiche Gesichtspunkt trifft in Ansehung der Verwaltung zu; die in Betracht kommenden Benutzungskosten fallen ohnehin regelmäßig unter den Begriff der Verwaltungskosten. Trifft die Voraussetzung der Duldungspflicht nicht zu, so greift der das Kommunionsverhältniß beherrschende Grundsatz „potior est conditio prohibentis" Platz. — Indem der Entwurf (Satz 2) ausdrücklich bestimmt, daß der betreffende Theilhaber, wenn der ihm nach Satz 1 zur Last fallende Theil der Lasten und Kosten von einem anderen Theilhaber berichtigt worden ist, dem letzteren Ersatz zu leisten habe, ist außer Zweifel gestellt, daß der andere Theilhaber diesfalls nicht auf die Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder über die Kondiktionen angewiesen ist, nach welchen er oft, besonders in Ansehung der Aufwendungen zum Zwecke der Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, keinen oder nicht vollen Ersatz erlangte (vergl. besonders §§ 749, 753, 758, 739 ff.), daß er den Ersatz vielmehr unmittelbar und lediglich auf Grund der Thatsache,

Lasten, Erhaltungs-, Verwaltungs- und Benutzungskosten.

---

[1]) Vergl. § 854 Abs. 2 und den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Ansehung des sog. Herbergsrechtes in Note 1 zu § 949. — Windscheid § 169a Note 4, § 449 Note 1; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 2, 44; österr. G. B. § 839; zür. G. B. § 556; sächs. G. B. § 334; hess. Entw. Art. 408, bayr. Entw. Art. 588, dresd. Entw. Art. 850.

[2]) Windscheid § 449 Note 2 Nr. 2c; preuß. A. L. R. I, 17 § 45; österr. G. B. § 839; sächs. G. B. § 335; zür. G. B. §§ 1379, 557, 558; Zachariä, franz. Civ. R. I § 197; hess. Entw. Art. 408, bayr. Entw. Art. 855, dresd. Entw. Art. 851.

daß er die nach dem bestehenden Verhältnisse an sich dem Anderen zur Last fallenden Kosten ꝛc. berichtigt hat, fordern kann. In gleicher Weise gewährt schon das gemeine Recht in den fraglichen Fällen die von den Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum contraria und der condictio sine causa unabhängige actio communi dividundo[1]). — Daneben ist den Theilhabern noch die Verpflichtung auferlegt, zu einer behufs Erhaltung des Gegenstandes erforderlichen Maßregel im Voraus ihre Einwilligung zu ertheilen. Diese Vorschrift (Satz 3) bezweckt, den oder die Theilhaber, welche eine solche Erhaltungsmaßregel ergreifen wollen, dagegen sicherzustellen, daß nicht nachträglich die Nothwendigkeit der Maßregel, faktisch vielleicht mit Erfolg, bekämpft werden kann. Auf Ertheilung dieser Einwilligung können die anderen Theilhaber klagen (C. P. O. § 779)[2]). Aus dieser Vorschrift insbesondere folgt, daß hinsichtlich der zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlichen Maßregeln das in § 765 Abs. 1 aufgestellte Prinzip, aber auch das Majoritätsprinzip nicht gilt. Zu betonen ist, daß nur Maßregeln, welche zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes nöthig sind, in Frage stehen.

Pflicht der Einwilligung zu Erhaltungsmaßregeln.

Die aus der Gemeinschaft entspringenden Verpflichtungen, insbesondere die Ersatzansprüche, sind persönliche. Die entsprechenden Ansprüche können, wie sich von selbst versteht, sowohl vor der Aufhebung der Gemeinschaft als nach der Aufhebung, wenn sie hierbei nicht zur Berichtigung gelangten (vergl. § 770), geltend gemacht werden[3]). In Ansehung des Verzuges und seiner Folgen gelten die allgemeinen Grundsätze[4]).

Diligenzpflicht der Theilhaber.

Nach dem Vorgange des röm. Rechtes ist auch in der modernen Gesetzgebung[5]) die Haftpflicht der Theilnehmer einer Gemeinschaft auf diligentia in concreto beschränkt. Es fehlt jedoch hier an zureichenden Gründen, von der Grundregel abzuweichen, nach welcher bei einem Schuldverhältnisse der Schuldner verantwortlich ist, wenn er bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verletzt (§§ 144, 224). Die für die entsprechende Ermäßigung der Haftung der Gesellschafter gegen einander (§ 633) maßgebenden Gründe treffen bei einem bloßen Kommunionsverhältnisse

---

1) Windscheid § 431 Nr. 4a, § 449 Note 11; sächs. G. B. § 333; vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 45, 46.

2) Vergl. § 1353 Abs. 4, § 1828 Abs. 3, § 1900.

3) Sächs. G. B. § 340; dresd. Entw. Art. 860. Die in Anlehnung an noch strengere römischrechtliche Spezialbestimmungen (Windscheid § 169a Note 4) in das preuß. A. L. R. (a. a. O. §§ 46 ff.; vergl. hess. Entw. II Art. 101, 102, bayr. Entw. III Art. 213; zür. G. B. § 559) übergegangene Vorschrift, daß der Theilhaber, welcher zur antheilmäßigen Tragung der Lasten und Kosten nicht im Stande ist oder sich dem Beitrage vorsätzlich entzieht, seinen Antheil den anderen Theilhabern überlassen muß, hat der Entwurf nicht aufgenommen; ebensowenig die Bestimmung des franz. Rechtes, daß sich jeder Theilhaber der Beitragleistung durch Verzicht auf seinen Antheil entziehen könne (code civil Art. 656, Zachariä § 197).

4) S. preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 48, 49.

5) Windscheid § 449 Nr. 2b; zür. G. B. § 1380; sächs. G. B. § 336, §§ 1371, 1392; hess. Entw. Art. 409, bayr. Entw. Art. 589, dresd. Entw. Art. 851; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 58, 59.

nicht zu. Zu bemerken ist übrigens, daß den Theilhabern als solchen, ohne Dazwischenliegen eines Vertrages (Auftrag, Gesellschaft) gegen einander eine Verpflichtung zur Aufwendung von Sorgfalt behufs der Abwendung von Verlusten an den gemeinschaftlichen Gegenständen nicht obliegt.

§ 767.

Jeder Theilhaber (auch der Theilhaber einer Erbengemeinschaft) kann zu jeder Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, soweit nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt ist. Dies ist allerorts geltendes Recht: kein Theilhaber ist, mit den erwähnten Ausnahmen, an die Kommunion gebunden. Die Theilung ist etwas in der Natur des Verhältnisses Gegebenes und liegt im Entwickelungsgange der Gemeinschaft von selbst[1]). Von Aufhebung der Gemeinschaft, nicht von Theilung, redet der Entwurf, weil die Theilung im engeren Sinne mitunter ausgeschlossen ist (vergl. § 769). *Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft:*

Die Theilhaber einer Gemeinschaft können nur die Aufhebung der Gemeinschaft, nicht eine die Berechtigung und Ausgleichung von Schulden umfassende Auseinandersetzung verlangen. Die Verpflichtung zu einer solchen Auseinandersetzung entspringt nicht aus der bloßen Gemeinschaft[2]). Für die Sicherung eines Theilhabers wegen seiner in der Gemeinschaft sich gründenden Forderungen gegen einen anderen Theilhaber ist durch die Vorschrift des § 770 gesorgt. *1. Inhalt;*

Der Befugniß, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, kann sich kein Theilhaber bleibend begeben. Auch dies ist allgemein Rechtens und aus rechtspolitischen Gründen festzuhalten. Die Theilhaber können unter sich nur auf Zeit den Ausschluß des Rechtes vereinbaren; ebenso kann der Erblasser die Aufhebung der Erbengemeinschaft durch Verfügung von Todeswegen nur auf Zeit untersagen. Solche rechtsgeschäftliche Ausschließung kann sich auf alle gemeinschaftlichen Gegenstände oder nur auf einen oder einzelne derselben beziehen. Sie kann zwischen allen Theilhabern oder nur zwischen einzelnen derselben vereinbart und in gleicher Weise vom Erblasser für alle oder einzelne Miterben angeordnet werden[3]). *2. Ausschluß durch Rechtsgeschäft;*

---

[1]) Vergl. § 2151; § 1816 Abs. 2 (Vorerbe); § 985 (Nießbraucher am Antheile eines Miteigenthümers); § 1012 Abs. 2 (Mehreren gemeinschaftlich zustehender Nießbrauch); § 1184 Abs. 2, § 1185 Abs. 1 (Faustpfand am Antheile eines Miteigenthümers, — am Bruchtheile einer Sache). Gesetzliche Ausnahmen s. z. B. §§ 105, 107, 645, 854, § 1012; vergl. § 855. — Windscheid § 449 Nr. 3; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 45 ff.; österr. G. B. § 830; Zachariä I § 197; zür. G. B. § 563; sächs. G. B. § 337; hess. Entw. Art. 410, bayr. Entw. Art. 591, dresd. Entw. Art. 854.

[2]) Dagegen § 656 (Gesellschaft), § 1376 (eheliche Gütergemeinschaft) und § 1898 (Testamentsvollstrecker), §§ 2152, 2156 (Vermittelung der Auseinandersetzung zwischen Erben durch das Nachlaßgericht bezw. einen Notar).

[3]) Vergl. §§ 2151—2153. Windscheid § 449 Noten 13, 14; Dernburg preuß. Priv. R. I § 222, preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 78 ff.; österr. G. B. §§ 831, 832; Zachariä a. a. O.; sächs. G. B. § 338; hess. Entw. Art. 410, bayr. Entw. Art. 591, 592, dresd. Entw. Art. 854.

Wirkung, Die Vereinbarung über den Ausschluß des Rechtes, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ruft, wie eine hierauf gerichtete Verfügung des Erblassers, nur obligatorische Rechtsbeziehungen unter den betreffenden Theilhabern hervor, bindet also die Sondernachfolger nicht[1]). Ein besonderer Ausspruch im Gesetze ist jedoch diesfalls entbehrlich. Denn, soweit das Gesetz nicht das Gegentheil bestimmt, sind die Vertragschließenden nicht im Stande, durch ihren bloßen Willen die Wirkung des Vertrages gegen Dritte herbeizuführen. Der Erreichung dieses Zweckes steht der Grundsatz entgegen, daß die Privatautonomie im Gesetze nicht besonders anerkannte dingliche oder gegen Dritte wirksame Rechte nicht zu schaffen vermag (arg. § 295 Abs. 2, §§ 312, 796). Nur bei einem im Miteigenthume stehenden Grundstücke kann der Antheil eines Eigenthümers zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Antheiles, bezw. können die Antheile sämmtlicher Miteigenthümer gegenseitig in der Art belastet werden, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen wird, auch diesfalls übrigens nur mit den aus § 767 Abs. 2, 3 sich ergebenden Beschränkungen (§ 949). Wohl aber kann ein Theilhaber seinen Rechtsnachfolger zu Gunsten der übrigen Theilnehmer durch Vertrag nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 412 ff.) verpflichten, die Aufhebung der Gemeinschaft nicht zu verlangen.

zeitliche Beschränkung des Ausschlusses; Die gegenüber den Nachtheilen, welche mit einem Zwange zum längeren Verbleiben in der Gemeinschaft verbunden sind, erforderliche zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit einer auf den Ausschluß des Rechtes, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, gerichteten Vereinbarung (Abs. 2) ist im bestehenden Rechte verschieden regulirt. Der Entwurf bestimmt die Zeit, für welche die Theilung wirksam ausgeschlossen werden kann, unter Würdigung der in Betracht kommenden Verhältnisse auf dreißig Jahre[2]) und bestimmt aus Billigkeitsrücksichten positiv weiter, daß, wenn die Theilung überhaupt oder auf einen längeren Zeitraum als dreißig Jahre ausgeschlossen ist, die betreffende rechtsgeschäftliche Bestimmung gleichwohl für die Zeit von dreißig Jahren gelten solle (Abs. 2 Satz 1). In nur dispositiver Weise ist ferner bestimmt, daß jede Vereinbarung, durch welche das Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft überhaupt oder zeitlich ausgeschlossen ist, mit dem Tode eines Theilhabers außer Kraft tritt, was regelmäßig (wie bei der Gesellschaft, § 652) der Parteiintention entsprechen wird, da erfahrungsgemäß bei solcher Veränderung der Umstände der Ausschluß der Theilung besonders drückend wirkt[3]). — Die dreißigjährige Frist beginnt unmittelbar mit der Vereinbarung (Abs. 2

Einfluß des Todes eines Theilhabers.

---

[1]) Anders nach gemeinem Rechte, s. Windscheid § 449 Note 14; vergl. hierzu den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in Ansehung des sog. Herbergsrechtes (Stockwerkseigenthum) in Note zu § 949.

[2]) Vergl. § 523. Das sächs. G. B. bestimmt 20 Jahre, das franz. Recht und der hess. Entw. 5 Jahre, der dresd. Entw. 10 Jahre. Das gemeine Recht (ebenso der bayr. Entw. Art. 592 Nr. 3) verweist auf das konkrete Bedürfniß und Interesse (Windscheid a. a. O. Note 14).

[3]) Ebenso österr. G. B. §§ 831, 832, sächs. G. B. § 338, bayr. Entw. Art. 591 Nr. 2.

Satz 1). Ueber die zulässige Dauer der Ausschließung durch Verfügung von Todeswegen bestimmt § 2153.

Wird über das Vermögen eines Theilhabers der Konkurs erkannt, so ist der Konkursverwalter, und nur dieser, an eine die Aufhebung der Gemeinschaft auf immer oder zeitlich ausschließende rechtsgeschäftliche Bestimmung nicht gebunden (Abs. 3). Er kann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Die übrigen Theilhaber sind schon durch die §§ 14, 44 der Konk. O. und das hiernach ihnen zustehende Separationsrecht genügend begünstigt. Es darf ihnen nicht außerdem noch das Recht zugestanden werden, in ihrem Interesse die Auflösung der Gemeinschaft schon vor dem Ablaufe der vertragsmäßigen Zeit (Abs. 2) zu fordern. Wohl aber ist ein solches Recht zur Ausgleichung der Begünstigung, welche sich für die übrigen Theilhaber aus dem Separationsrechte ergiebt, dem Konkursverwalter im Interesse der Konkursgläubiger beizulegen. Der Konkursverwalter wird durch diese Bestimmung in der fraglichen Richtung einem Sondernachfolger gleichgestellt. des Konkurses eines Theilhabers.

Von selbst versteht sich, daß, wenn bei der Aufhebung einer Gemeinschaft ein derselben unterliegender Gegenstand ungetheilt geblieben ist, nur dessen nachträgliche Theilung, bezw. die Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung desselben verlangt, nicht aber etwa deshalb allein die vorausgegangene Theilung angefochten werden kann, sowie daß, wenn bei der Aufhebung der Gemeinschaft einer der Theilhaber unberücksichtigt geblieben wäre, dieser eine neue Theilung bezw. die Aufhebung der Gemeinschaft unter Berücksichtigung seiner Person verlangen kann, sofern sein Antheilrecht nicht durch den Rechtserwerb eines Anderen untergegangen ist[1]). 3. Wirkung unvollständiger Theilung.

§ 768.

Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt der Verjährung nicht. Der Entwurf spricht dies aus, weil über die Begründung des an sich zwar allgemein und überall anerkannten Rechtssatzes Zweifel bestehen und fraglich ist, ob derselbe aus den Vorschriften des § 158 mit Sicherheit erkannt würde. Nur der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft ist der Verjährung entzogen; die anderen in der Gemeinschaft sich gründenden Ansprüche unterliegen dagegen den allgemeinen Verjährungsgrundsätzen[2]). 4. Unverjährbarkeit.

§ 769.

Der § 769 bestimmt über den Theilungsmodus. Einigen sich die sämmtlichen Theilhaber über die Art der Theilung, so liegt ein Theilungsvertrag vor, sowohl wenn die Betheiligten außergerichtlich, als wenn sie unter Zuziehung des Gerichtes oder einer sonst hierzu berufenen Behörde die Art der 5. Theilungsmodus a) bei Vertrag der Theilhaber,

---

[1]) Windscheid § 608 Note 30; code civil Art. 887; hess. Entw. Art. 426, bayr. Entw. Art. 610, dresd. Entw. Art. 859.

[2]) S. §§ 853, 2151; Windscheid § 106 Note 4; preuß. A. L. R. a. a. O. §§ 76 ff.; österr. G. B. § 1481; Zachariä I § 197; sächs. G. B. § 151; hess. Entw. II Tit. 5 Art. 2, bayr. Entw. Art. 591, dresd. Entw. Art. 398 Abs. 2.

Theilung vereinbaren. Die Mitwirkung der Behörde stellt sich letzterenfalls nur als ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar (vergl. § 2156). Ein solcher Vertrag schafft, wie ein anderer obligatorischer Vertrag, selbstverständlich lediglich persönliche Rechte und Pflichten der Theilhaber auf Erfüllung. In Ermangelung der Einigung der Betheiligten, wenn auch nur Einer den bei den Vertragsverhandlungen gemachten Propositionen widerspricht, muß aber das Gericht entscheiden. Die Majorität kann hier nicht für maßgebend erachtet werden. Das röm. Recht hat dem Richter auch in solchen Fällen bei der Theilung einer Gemeinschaft eine besonders freie, autoritative Stellung zugewiesen. Es ist nicht nur in sein Ermessen die Anordnung gestellt, wie getheilt werden soll, wobei im Wesentlichen nur die konkrete Angemessenheit bezw. das Interesse der Betheiligten als Richtschnur gesetzt ist, sondern es ist ihm auch die Verfügungsmacht über die Rechts- und Vermögenssphäre der Betheiligten eingeräumt, indem er durch seinen Spruch unmittelbar zum Zwecke des Vollzuges des von ihm gewählten Theilungsmodus Rechte der Theilhaber aufhebt, überträgt und schafft. Die Theilung erfolgt durch konstitutives Theilungsurtheil[1]). Das röm. Recht ist gemeines Recht in Deutschland und auch in neuere Gesetzbücher und Entwürfe übergegangen, wenn in letztere auch zum Theil mit Beifügung spezieller Theilungsvorschriften, welche zum Theil den Richter binden, zum Theil nur leiten sollen, wobei die Naturaltheilung vielfach in den Vordergrund gestellt ist[2]). Einen anderen Standpunkt nimmt das preußische Recht ein. Ein konstitutives Theilungsurtheil findet nicht statt, aber auch kein erzwingbarer Anspruch auf Naturaltheilung, selbst wo diese an sich möglich und ohne Verletzung des Interesses der Betheiligten durchführbar ist. Wenn über die Bestimmung der Theile kein Uebereinkommen zu Stande kommt, so ist jeder auf öffentlichen Verkauf anzutragen berechtigt. Dieser Modus findet auch statt, wo die Theilung in Natur nicht erfolgen und wegen Ueberlassung der gemeinschaftlichen Sache an einen der Theilhaber oder einen Dritten keine Vereinigung der Theilhaber erreicht werden kann. Hiernach giebt es nach dem preuß. Rechte, abgesehen von der Theilbarkeit der Forderungen, nur eine erzwingbare Theilungsart: den öffentlichen Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Theilung des Erlöses[3]).

b) bei mangelndem Vertrage: α. Geltendes, bes. römisches Recht;

---

[1]) Windscheid § 449 Nr. 3 bes. Noten 15—23, § 608.

[2]) Ganz auf dem Boden des röm. Rechtes stehen das zür. G. B. §§ 563—565, 2018, das sächs. G. B. §§ 339—344, 257, 953, 2347, sowie das österr. G. B. §§ 841 bis 846, §§ 424, 436, 480, letzteres jedoch unter Voranstellung der Naturaltheilung. Auch die neueren Entwürfe: hess. Entw. Art. 412—416, 419—421, bayr. Entw. Art. 597 bis 606, sowie der dresd. Entw. Art. 855, 856, folgen dem gemeinrechtlichen Prinzipe, modifizirt durch spezielle Vorschriften in Ansehung der Zulässigkeit der Naturaltheilung. Ueber das franz. Recht (Grundsatz der Naturaltheilung, wo diese möglich und angemessen ist) s. code civil Art. 815 ff., 826, 831 ff., 1686 ff., 1872, Zachariä I S. 518 ff., IV § 625.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 17 §§ 87—90. Der öffentliche Verkauf geschieht bei Grundstücken und einigen anderen Gegenständen, welche bei der Zwangsvollstreckung der Subhastation unterliegen, im Wege der Subhastation, im Uebrigen im Wege der Auktion.

β. Entwurf: Anspruch auf Verkauf, Theilung des Erlöses;

Wenn jeder Theilhaber die Befugniß hat, die Theilung des gemeinschaftlichen Gegenstandes zu verlangen und damit eine völlige Umgestaltung der Rechte der anderen Theilhaber herbeizuführen, so hat das Gesetz Sorge zu tragen, daß durch solche Umgestaltung das Interesse aller Theilhaber keine erhebliche Beeinträchtigung erleidet und daß zugleich kein Theilhaber vor dem anderen begünstigt wird. Der passendste Weg hierzu ist die Umsetzung des Gegenstandes in Geld und die Vertheilung des Erlöses unter die Theilhaber nach Verhältniß der Antheile. Jeder andere Weg macht thatsächliche Ermittelungen in größerem oder geringerem Umfange nöthig, welche ein völlig zuverlässiges Resultat nach der Natur der Dinge nur selten ergeben können, und fordert mehr oder weniger vom Standpunkte der Billigkeit zu treffende Entscheidungen, deren Angemessenheit stets Zweifeln unterliegen wird. Daneben sind gegen das Interesse aller Betheiligten Weiterungen und Kosten unvermeidlich. Dies gilt ganz besonders von dem im gemeinen Rechte eingehaltenen Wege. Das Adjudikationsprinzip stellt dem Theilungsrichter eine Aufgabe, deren befriedigende Lösung fast nur zufällig gelingen kann. Nach diesem Prinzipe ist unvermeidlich, daß in vielen Fällen der eine Theilhaber vor dem anderen begünstigt und gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Theilhaber mehr oder weniger verstoßen wird. Dieser innere Fehler des Systemes wird auch durch den Versuch nicht geheilt, die damit verbundenen Uebelstände durch einzelne, die Befugnisse des Theilungsrichters einschränkende Vorschriften thunlichst zu mildern. Gegen jede Regelung in Gemäßheit des Adjudikationssystemes kommt außerdem der gewichtige Umstand in Betracht, daß der Theilungsprozeß insofern ein anomaler wird, als die Theilungsklage nur den Antrag auf Erlassung des Theilungsurtheiles enthalten, nicht aber auch den Antrag, welcher Inhalt dem Urtheile zu geben ist, aufnehmen kann. Erst das Urtheil erster Instanz läßt erkennen, wozu der eine Theilhaber gegenüber dem anderen Theilhaber verpflichtet ist, welche Umgestaltungen die bisherigen Rechtsbeziehungen erleiden sollen. Im Laufe der ersten Instanz hat kein Theilhaber voraussehen können, wie erkannt werden wird, folglich auch nicht in ausreichendem Maße das rechtliche Gehör gefunden, welches im regelmäßigen Prozesse nach den Prozedurnormen als zum Richterspruche erforderlich gewährt wird. Das Verfahren der C. P. O. ist für einen derartigen Theilungsprozeß nicht geeignet; denn, wenn nicht ein bestimmter Antrag, wie getheilt werden soll, gestellt ist, kann ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden, und wenn ein bestimmter Antrag gestellt ist, darf der Richter nur nach diesem Antrage erkennen oder den Antrag abweisen, in keinem Falle aber dem Urtheile einen von keiner der Parteien beantragten Inhalt geben. Aber auch, wenn man besondere Verfahrensvorschriften aufstellte, bliebe immer noch dem Richter eine anomale, schwer lösbare Aufgabe gestellt. Der Entwurf hat demnach mit dem gemeinrechtlichen Systeme gebrochen; es giebt hiernach auch kein konstitutives Theilungsurtheil. Das Verfahren ist vielmehr das in der C. P. O. geordnete, das Urtheil ein gewöhnliches, obligatorisches, und unterliegt in Ansehung der Vollstreckung den allgemeinen Grundsätzen.

kein konstit. Urtheil.

Wenn, wie bemerkt, im Prinzipe die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf und Theilung des Erlöses das allein Richtige ist, so gebietet doch

Anspruch auf Theilung in Natur; weder die Konsequenz, noch die Rücksicht auf das Interesse der Theilhaber, den Anspruch auf Theilung in Natur ganz auszuschließen. Der Anspruch auf Naturaltheilung ist vielmehr begründet, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand sich ohne Verminderung seines Werthes in so viele gleichartige Theile zerlegen läßt, daß jeder Theilhaber einen seinem Antheile nach Größe und Werth entsprechenden Theil erhalten kann. Solchenfalls ist Naturaltheilung durchaus angemessen und erfüllt den Zweck, indem alle Theilhaber gleich behandelt werden und die geringste Umgestaltung der Rechte bewirkt wird. Auch vom prozeßrechtlichen Standpunkte aus erhebt sich kein Bedenken, da im unterstellten Falle jeder Theilhaber gegen die anderen auf Einwilligung in die Naturaltheilung klagen kann und die Zwangsvollstreckung keine Schwierigkeit zu verursachen vermag. Die Voraussetzungen des Anspruches auf Naturaltheilung mögen, abgesehen von Geld, nicht häufig vorhanden sein. Ein einzelner Gegenstand wird selten durch Theilung an Werth nicht verlieren und andererseits sich in Stücke zerlegen lassen, welche nach der inneren Beschaffenheit gleichwerthig sind. Vorkommendenfalls muß die Forderung der Naturaltheilung gestattet sein. Nicht gerechtfertigt wäre es, Grundstücke von der Naturaltheilung auszunehmen; vielfach sind vielmehr gerade diese der Hauptgegenstand der Naturaltheilung. Ob volkswirthschaftliche Gründe vorliegen, die Theilung (Parzellirung) einzelner Grundstücke zu verhüten, ist eine Frage für sich. Solche Gründe könnten nur zu einem allgemeinen, die Theilung eines einzelnen Grundstückes überhaupt oder innerhalb gewisser Grenzen verbietenden Gesetze, nicht aber nur zum Ausschlusse der Naturaltheilung bei der Aufhebung einer Gemeinschaft Anlaß geben. Ein Verbotsgesetz der bezeichneten Art würde selbstverständlich auch die Zwangstheilung wegen juristischer Unmöglichkeit der Naturaltheilung verhindern. Ein solches Verbotsgesetz enthält das bürgerliche Gesetzbuch nicht. Zu beachten ist aber, daß die in dem Entwurfe gegebenen Voraussetzungen kaum anders als bei der Theilung einer zusammenhängenden Fläche, häufig aber nicht einmal bei einer solchen vorkommen werden. Die für die Zulassung der Naturaltheilung angeführten Gründe treffen auch auf den Fall zu, wenn mehrere gleichartige und gleichwerthige Gegenstände gemeinschaftlich sind (Abs. 1 Satz 2). Dazu gehören namentlich gleichartige Werthpapiere. Auch für andere Gegenstände ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen.

Inhalt des Antrages. Wird eine Naturaltheilung verlangt, so muß der Klagantrag auf eine bestimmte Art der Ausführung derart gerichtet sein, daß der Richter nicht mehr mit seinem Ermessen ergänzend einzutreten braucht.

Wo Theilung in Natur nicht möglich ist, besteht nur der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft durch den Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und durch Theilung des Erlöses[1]). Der Verkauf von Grundstücken erfolgt nach den Vorschriften über die Zwangsversteigerung von Grundstücken[2]), der Verkauf eines anderen Gegenstandes nach den Vorschriften der C. P. O.

[1]) Vergl. §§ 1511 Abs. 2, 1676.

[2]) Nach der zu erlassenden Subhastationsordnung.

über den Verkauf der im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten Gegenstände (Abs. 2; vergl. §§ 468, 469, 485).

In sachgemäßer Weise bestimmt der dritte Absatz, daß der Verkauf einer ungetheilten Forderung nur dann gefordert werden könne, wenn dieselbe noch nicht geltend gemacht werden kann, daß aber im entgegengesetzten Falle jeder Theilhaber die gemeinschaftliche Einziehung der Forderung verlangen könne. Der eingezogene Gegenstand der Leistung tritt in Ansehung der Gemeinschaft an die Stelle der Forderung, und behufs Aufhebung dieser Gemeinschaft gelten die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes. Diese Vorschrift des dritten Absatzes bezieht sich an sich auch auf untheilbare Forderungen, wobei allerdings jeder Theilhaber für sich allein nach Maßgabe der Vorschrift des § 339 den Schuldner auf Leistung an alle Theilhaber in Anspruch nehmen kann. Von um so größerer Bedeutung ist das Recht, die Mitwirkung zur gemeinschaftlichen Einziehung der Forderung zu verlangen, für die selteneren Fälle, in welchen eine an sich theilbare und der Regel nach (§ 320) ipso jure getheilte Forderung aus einem besonderen Rechtsgrunde von den Gläubigern nur gemeinschaftlich eingezogen werden kann. Theilung einer Forderung.

Auch die Vorschrift des vierten Absatzes entspricht der hier vorausgesetzten Sachlage; sie findet sich in gleicher Weise auch in neueren Gesetzen[1]. Dagegen empfiehlt sich dieselbe Vorschrift nicht unter der Voraussetzung, daß der gemeinschaftliche Gegenstand nur für die Theilhaber einen Werth habe. Es läßt sich nicht bestimmen, ob ein Gegenstand nur für die Theilhaber, nicht auch für einen Dritten Werth hat. Unstatthaftigkeit der Veräußerung,

Besondere Fürsorge trifft der § 772 für die Fälle, wenn die Theilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft wegen Unzulässigkeit der Theilung in Natur und wegen Unmöglichkeit des Verkaufes nicht herbeizuführen vermögen. Hiernach erübrigen auch spezielle Vorschriften über die Behandlung gemeinschaftlicher Urkunden; soweit es sich um eine auf Uebereinkunft beruhende Theilung handelt, kommt die Anwendung allgemeiner Grundsätze in Frage (vergl. §§ 462, 301, § 775[2]). der natürl. Theilung.

§ 770.

In § 770 ist dem Theilhaber, welchem gegen einen anderen Theilhaber eine in der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft sich gründende Forderung zusteht, im Interesse seiner Sicherung der persönliche Anspruch beigelegt, zu verlangen, daß die Forderung bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Antheile des Schuldners am gemeinschaftlichen Gegenstande bezw. am Erlöse (§ 769) berichtigt werde[3]. Insoweit ist den betreffenden Forderungen eine 6. Ansprüche der Theilhaber gegen einander aus der Gemeinschaft.

---

[1] Vergl. preuß. A. L. R. a. a. O. § 94; hess. Entw. Art. 417, bayr. Entw. Art. 601, dresd. Entw. Art. 855.

[2] S. übrigens § 2155. Besondere Bestimmungen enthalten hess. Entw. Art. 420, bayr. Entw. Art. 604, dresd. Entw. Art. 857.

[3] Nach röm. Rechte konnte der Richter auch praestationes personales bei der Theilung berücksichtigen und für die Ausgleichung sorgen (l. 4 Cod. comm. divid. 3, 37, l. 24 § 1 D. eod. 19, 3); vergl. sächs. G. B. §§ 340, 344. Auch im preuß. A. L. R.

besondere Rechtsstellung bei der Theilung verliehen. Während nach außen die Bruchtheile über das Recht der Theilhaber entscheiden müssen (§§ 763, 764), erfordert im Verhältnisse der Theilhaber zu einander die Gerechtigkeit, daß die gesammten obligatorischen Beziehungen, welche in der Gemeinschaft ihren Grund haben, bei der Theilung mitberücksichtigt werden, und daß ein jeder Theilhaber nicht mehr erhalte, als ihm unter Mitberücksichtigung der obligatorischen Ansprüche aus der Gemeinschaft gebührt. Zwischen den Theilhabern nach innen muß der in dem Antheilrechte sich gründende Anspruch auf quotenmäßige Befriedigung aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande, welcher, indem er die Herstellung des dem Antheilrechte entsprechenden Zustandes bezweckt, in gewissem Sinne eine dingliche Natur hat, durch jenen Anspruch erweitert werden. Auf diesem Wege wird die Stellung des Theilhabers, welcher zugleich Gläubiger ist, gesichert. Ohne eine solche gesetzliche Bestimmung würde ein solcher Theilhaber nicht die Befriedigung aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande verlangen oder auf irgend einem Wege durchsetzen können. Das Zurückbehaltungsrecht in Ansehung der von ihm an den anderen Theil zu bewirkenden Leistungen führt nicht zur Befriedigung, und die Kompensabilität seiner persönlichen Forderung mit seiner Verpflichtung, die ihm zustehende Hälfte an der Hälfte der den Erlös bildenden Geldstücke seinem Genossen zu übertragen, kann wegen Ungleichartigkeit des Leistungsgegenstandes nicht wohl angenommen werden. Bei der Naturaltheilung ist eine solche Kompensabilität von selbst ausgeschlossen. — Der Anspruch besteht, wie bemerkt, wegen aller in der Gemeinschaft sich gründenden Ansprüche und nur wegen solcher. Er ist wie ein anderer Anspruch geltend zu machen. Der Theilhaber-Gläubiger hat den Anspruch nur gegen den Theilhaber-Schuldner, nicht gegen die Singularsukzessoren des letzteren. Veräußert der Schuldner seinen Antheil, so kann der Gläubiger den Anspruch gegen den Erwerber nicht geltend machen. Die Vorschrift des § 770 läßt insbesondere den § 44 der Konk. O. unberührt. Der Entwurf sieht davon ab, die Vorschriften des § 44 der Konk. O. über den Konkursfall hinaus auszudehnen und dadurch die Ansprüche aus der Gemeinschaft zu einer auf dem Gegenstande der Gemeinschaft ruhenden Last zu machen.

Realisirung. Wie sich die Realisirung des Anspruches in den einzelnen Fällen gestaltet, bestimmt der Entwurf nicht. Wie insbesondere der Anspruch zu realisiren ist in den gewiß seltenen Fällen, in welchen die in der Gemeinschaft sich gründende Forderung eine Naturalleistung zum Gegenstande und sich noch nicht in eine Geldforderung verwandelt hat, wird sich ohne besondere Schwierigkeit unter Berücksichtigung der konkreten Lage des Falles ergeben. Anlangend den Fall der Naturaltheilung, so bleibt es dem Gläubiger unbenommen, falls die Voraussetzungen des Anspruches auf Naturaltheilung vorliegen, seinen

---

ist für die Ordnung der praestationes personales gesorgt: Durch das Theilungsgeschäft erhält jeder Theilhaber den seinem Antheile entsprechenden Theil der Sache oder des Werthes, muß sich aber auf denselben anrechnen lassen, was er aus der Gemeinschaft dem Anderen zu leisten hat (A. L. R. I, 17 §§ 46, 47, 51, Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum nach preuß. A. L. R. S. 31 ff., 41 ff.). — Vergl. den analogen Fall des § 2164 (Kollationspflicht der Erben); ferner den § 1377 Abs. 3.

Theil in Natur zu verlangen. Er braucht aber nicht sein Mitrecht an dem dem anderen Theile gebührenden Naturaltheile diesem ohne gleichzeitige Befriedigung zu übertragen. Die Entscheidung der Frage, wie des Weiteren aus dem Naturaltheile des Gegners die Befriedigung zu erfolgen hat, ob der Gläubiger eine dem Werthverhältnisse seiner Forderung und des Naturaltheiles entsprechende Naturalquote verlangen kann, oder ob das Recht des Gegners auf Naturaltheilung aufgehoben ist und er sich die Versilberung des an sich ihm gebührenden Naturaltheiles und die weitere Theilung des Gelderträges gefallen lassen muß, ist von untergeordneter Bedeutung. Das Gesetz hat diesfalls keine speziellen Bestimmungen zu treffen.

§ 771.

7. Gewährleistung für Rechtsverschaffung, weg. Mängel.

In Ermangelung einer Bestimmung über die Gewährleistungspflicht bei Theilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes müßten Zweifel über die Anwendbarkeit der bei Veräußerungsverträgen über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes und wegen Mängel geltenden Vorschriften entstehen, da die Auffassung vertreten und möglich ist, der Theilhaber, welcher seinen Bruchtheil zu Gunsten eines anderen Theilhabers aufgebe, schließe keinen Veräußerungsvertrag im Sinne der §§ 370, 381, der andere Theilhaber gelange vielmehr nur zu einer Verstärkung seines Rechtes durch Befreiung von dem zu duldenden Mitrechte des zu seinen Gunsten verzichtenden Theilhabers. Diese Auffassung könnte zur Verneinung der Anwendbarkeit der gedachten Vorschriften führen. Das praktische Bedürfniß sowohl, wie die auf das geltende Recht[1]) zu nehmende Rücksicht nöthigen, solcher Folgerung entgegenzutreten und die betreffenden Vorschriften im Allgemeinen mit der Maßgabe für anwendbar zu erklären, daß jeder der übrigen Theilhaber für seinen früheren Antheil an dem zugetheilten Gegenstande oder Theile desselben Gewähr zu leisten hat (§ 771). Anlangend die Gewährleistung des veräußerten Rechtes, so ist die Anwendbarkeit der betreffenden Vorschriften (§ 298, §§ 370—380) ohne Bedenken im Falle der vertragsmäßigen Theilung, wenn hierbei der ganze Gegenstand einem der Theilhaber überlassen oder der Gegenstand in Natur unter die Theilhaber getheilt wird. Nur in dem Falle, in welchem die Theilung in Natur auf Zwang beruht, könnte in der Unterstellung eines Garantieversprechens, auf welcher die Verpflichtung zum vollen Schadensersatze beruht (§ 377), gegenüber demjenigen, welchem die Theilung in Natur durch Urtheil aufgezwungen wird, eine Unbilligkeit gefunden, also mindestens an

---

[1]) Windscheid § 449 bei Note 24, § 608; preuß. A. L. R. I, 17 §§ 97, 98 (Gewährleistungspflicht wegen der zugeschlagenen Antheile, wie bei einem Kaufvertrage bezw. nach den Vorschriften über Zessionen); code civil Art. 883 ff.; Zachariä IV § 625; sächs. G. B. §§ 2347, 2352, 2353; hess. Entw. Art. 422, 423, bayr. Entw. Art. 607, 608, dresd. Entw. Art. 858. Nach sächs. G. B., code civil und den angeführten Entwürfen haften die Theilhaber einander auch für zur Zeit der Theilung vorhandene Zahlungsfähigkeit überwiesener Schuldner; dagegen Hohl, württemb. Erbrecht § 343.

eine Abschwächung der Haftung des letzteren, etwa auf den Werth des entwehrten Gegenstandes zur Zeit der Aufhebung der Gemeinschaft[1]) gedacht werden. Allein jene Unbilligkeit, wenn sie als durchschlagend anzuerkennen wäre, spräche gegen die Sachgemäßheit des Grundsatzes überhaupt und würde nöthigen, den Grundsatz für alle Veräußerungsfälle aufzugeben oder zu modifiziren. Leicht könnte eine Abschwächung der Haftung in der erwähnten Art auch zu einer Unbilligkeit gegenüber dem Theilhaber, welchem entwehrt worden ist, führen, indem derselbe solchenfalls z. B. für die entbehrten Nutzungen keinen Ersatz erhielte. Die Gewährleistung wegen Mängel ist nicht anders zu beurtheilen[2]), als diejenige des veräußerten Rechtes. In allen bei der vorliegenden Frage in Betracht kommenden Beziehungen besteht zwischen den beiden Gewährleistungen kein Unterschied.

Der Einfluß von Willensmängeln auf den Theilungsvertrag beurtheilt sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§§ 95 ff.). Die im geltenden Rechte zum Theil anerkannte und für den Fall der Theilung besonders normirte Anfechtung wegen enormer Verletzung kennt der Entwurf überhaupt nicht.

§ 772.

8. Regelung der Verwaltung: bei Unzulässigkeit der Aufhebung der Gemeinschaft.

Wenn und so lange das Verlangen der Aufhebung der Gemeinschaft rechtlich nicht zulässig oder die Aufhebung nicht zu verwirklichen ist, weil sowohl die Theilung in Natur ausgeschlossen, als der Verkauf unmöglich ist, oder weil der Verkauf vergeblich versucht worden ist, muß den hiervon betroffenen Theilhabern in Ermangelung einer die Verwaltung und Benutzung in verbindlicher Weise regelnden Bestimmung ein Mittel an die Hand gegeben werden, um auch gegen den Willen der übrigen Theilnehmer eine dem Interesse aller Theilhaber dienende Verwaltungs- und Benutzungsmaßregel herbeiführen zu können. Dies ist um so nothwendiger, als ein Mehrheitsbeschluß über die Verwaltung und Benutzung nicht immer erreichbar ist oder, wenn er zu Stande gekommen, vom Richter mitunter für nicht angemessen erachtet werden wird (§ 765 Abs. 1). Demgemäß wird jedem Theilhaber der Anspruch darauf verliehen, daß die übrigen Theilhaber in eine dem Interesse aller Theilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung einwilligen. Diesfalls kann nicht einfach der Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entscheiden (§ 765); vielmehr ist zu würdigen, durch welche Maßregel das Interesse aller Theilhaber am besten gewahrt wird. Als angemessene Maßregel kann hier nach den Umständen auch erscheinen die räumliche Theilung, die Verpachtung oder Vermiethung, die Ueberlassung der Nutzungen an einen Theilhaber gegen Abfindung der übrigen, die nach Zeitfristen wechselnde Benutzung durch die einzelnen Theilhaber, wie auch einstweilige Verfügungen nicht ausgeschlossen sind. Der Entwurf weist aber auch diesfalls dem Richter

Antrag.

keine anomale Stellung in dem Sinne zu, daß er auf den allgemeinen Antrag,

---

[1]) Wie hess. Entw. und bayr. Entw. a. a. O.

[2]) Ebenso preuß. A. L. R., sächs. G. B. a. d. a. O.

die angemessene Maßregel im Urtheile zu bestimmen, diese nun festzusetzen hätte. Der klagende Theilhaber muß vielmehr selbst die angemessene Maßregel vorschlagen und den Antrag dahin richten, die übrigen Theilhaber zur Einwilligung in diese Maßregel zu verurtheilen[1]). Praktische Uebelstände sind von einem solchen Verfahren nicht zu besorgen, einmal wegen des Rechtes der Widerklage, sodann wegen der Befugniß und Verpflichtung des Richters, auf Verbesserung der Anträge hinzuwirken (C. P. O. § 130). In der letzteren Beziehung kommt besonders in Betracht, daß in der nachträglichen Bezeichnung einer anderen als der in der Klagschrift hervorgehobenen Maßregel eine Klagänderung sich nicht finden läßt (C. P. O. § 240).

Die Rechtskraft des Urtheiles, welches eine bestimmte Maßregel für angemessen erklärt und zur Einwilligung in dieselbe verpflichtet, kann das Recht eines Theilhabers nicht ausschließen, auf Grund späterer Thatsachen die Einwilligung der übrigen Theilhaber in eine andere durch die Veränderung der Umstände gebotene Maßregel zu verlangen. Eine besondere Vorschrift erschien diesfalls nicht als erforderlich; die allgemeinen Grundsätze über die Rechtskraft der Urtheile machen eine solche entbehrlich. Es steht auch nicht zu befürchten, daß aus der Vorschrift des § 724 Abs. 6 per argumentum e contrario auf das Gegentheil geschlossen werden kann. Eine derartige Argumentation wäre wegen Verschiedenheit der in Frage kommenden Verhältnisse nicht haltbar. Nachträgliche Aenderung.

Für den Fall, daß ein versuchter Verkauf erfolglos geblieben ist, muß jedem Theilhaber außerdem das Recht zugestanden werden, die Wiederholung des Versuches zu verlangen. Billigerweise sind aber die Kosten des Versuches im Falle der Erfolglosigkeit von ihm zu tragen.

§ 773.

Der § 773 bringt die subsidiäre Geltung der Vorschriften über die Gemeinschaft für die gesellschaftliche Gemeinschaft zum Ausdrucke, und ist zum richtigen Verständnisse jener Vorschriften, wie derjenigen über die Gesellschaft unerläßlich. Gesellschaftl. Gemeinschaft.

Vierter Titel.

Vorlegung und Offenbarung.

§ 774.

Der Entwurf gewährt den Anspruch auf Vorzeigung einer Sache (actio ad exhibendum)[2]) nicht in der weiten Ausdehnung, in welcher derselbe vielfach auch in der modernen Gesetzgebung, soweit letztere sich mit diesem Anspruche Anspruch auf Vorlegung (Vorzeigung) einer Sache.

---

[1]) Vergl. § 973, § 1178.

[2]) Windscheid § 474; zür. G. B. §§ 1816—1820; sächs. G. B. § 1565; bayr. Entw. Art. 970, dresd. Entw. Art. 1041.

Voraussetzung des Anspruches.

befaßt, zugelassen wird. Mehrfach erfordert (vergl. bes. dresd. Entw. Art. 1041) der Anspruch zu seiner Begründung ein Weiteres nicht, als den Nachweis oder gar die bloße Bescheinigung eines dinglichen oder persönlichen Rechtes und eines an dieses Recht sich knüpfenden Interesses an der Vorzeigung der Sache und geht unter dieser Voraussetzung gegen jeden Inhaber der Sache. Die Zulassung der actio ad exhibendum in dieser weiten Ausdehnung kann zu den größten Mißbräuchen führen. Es wäre möglich, durch die Benutzung einer solchen Klage die Vorzeigung einer Sache zu erzwingen, auf welche das Recht des Klägers gar keine Beziehung hat, und die der Vorlegung zu entziehen der Gegner das größte und berechtigtste Interesse hat. Es wäre nicht einmal ausgeschlossen, mittels Beifügung der Bedingung zu einem Rechtsgeschäfte sich die Grundlage für die Exhibitionsklage zu verschaffen, deren wahrer Zweck wäre, ein Kunst- oder Gewerbegeheimniß in Erfahrung zu bringen. Eine so schrankenlose actio ad exhibendum findet auch in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen keine Stütze; sie verstößt gegen das Prinzip, daß Niemand einen Eingriff in den durch die Rechtsordnung abgeschlossenen Kreis seiner Privatrechte zu dulden hat. Auch mit den Grundsätzen, auf welchen die Vorschriften der C. P. O. über die Editionspflicht Dritter beruhen, wäre sie nicht in Einklang zu bringen. Eher könnte sich fragen, ob nicht die actio ad exhibendum im Gesetzbuche nach dem Vorbilde anderer Gesetzbücher[1]) und im Einklange mit der in neuerer Zeit von namhaften Autoritäten vertretenen Ansicht gänzlich zu übergehen sei. Es kommt diesfalls insbesondere in Betracht, daß Voraussetzung der Vindizirbarkeit einer Sache nach dem Entwurfe, wie im modernen Rechte, nicht ist, daß die Sache eine selbständige ist, an welcher ein abgesonderter Besitz stattfindet, dergestalt, daß insbesondere auch ein Bestandtheil behufs der Vindikation desselben nicht zuvörderst zu einer selbständigen Sache gemacht werden muß. Andere Fälle, in welchen die Klage als Bedürfniß erscheint, sind besonders geordnet[2]). In vielen Fällen endlich würde sich vielleicht der Vorzeigungsanspruch aus dem Wesen des Rechtes, auf welches er zu gründen ist, schon im Wege der Auslegung des einschlagenden Gesetzes oder Rechtsgeschäftes herleiten lassen, z. B. wenn bei einer alternativen Obligation der wahlberechtigte Gläubiger von dem Schuldner die Vorzeigung der Sachen begehrt, unter denen zu wählen ist, oder, wenn derjenige, welchem eine Holzgerechtigkeit zusteht, die Zulassung zur Besichtigung des belasteten Waldes verlangt behufs Ermittelung, ob ein zur Ausübung der Servitut erforderlicher Holzbestand vorhanden ist. Das gänzliche Uebergehen der actio ad exhibendum wäre indessen doch nicht angemessen. Sie muß aber in der in § 774 bezeichneten Weise beschränkt werden auf die Fälle, wenn Jemand wegen eines gegen den Besitzer oder Inhaber einer Sache in Ansehung der letzteren ihm zustehenden dinglichen oder persönlichen Anspruches oder, um sich Gewißheit zu verschaffen, ob ihm ein solcher Anspruch

---

1) Nämlich des preuß. A. L. R. (s. jedoch I, 12 § 399, Dernburg I § 246 N. 16, § 235 Note 9; vergl. Eccius II § 155 S. 505, 506, III § 180 A. 46), des österr. G. B., des code civil, des schweiz. Bd. Ges. und des hess. Entw.

2) Ausdehnung der a. ad exhibendum auf Fälle der Gestattung des Wegnehmens und Abholens oder der Herausgabepflicht; vergl. z. B. §§ 1505, 867.

gegen den Besitzer oder Inhaber zusteht, an der Besichtigung der Sache ein Interesse hat. Es giebt immerhin Fälle, in welchen es mindestens zweifelhaft ist, ob ein gegen den Besitzer oder Inhaber begründeter dinglicher oder persönlicher Anspruch auch das Recht auf Vorzeigung der Sache in sich schließt, obschon, wie in den zuvor erwähnten Beispielen, die Vorzeigung zur Verwirklichung des Anspruches mehr oder weniger unentbehrlich ist. Insoweit entspricht die Gewährung der actio ad exhibendum den Geboten der Rechtsordnung. Die Ausdehnung zu dem Zwecke, um sich erst zu vergewissern, ob dem die Vorzeigung Begehrenden ein Anspruch der bezeichneten Art zustehe, ist insbesondere durch Billigkeitsrücksichten geboten; auch läßt diese Vorschrift einen Mißbrauch oder die Verletzung erheblicher Interessen nicht wohl besorgen. Eine weitere Ausdehnung wäre unstatthaft, ohne in das Schrankenlose zu verfallen. — Ob im Zivilprozesse der Prozeßrichter ähnlich, wie der Strafprozeßrichter im Untersuchungsverfahren (Str. P. O. §§ 94 ff.), kraft seines Richteramtes in weiteren Fällen die Vorzeigung und Gestattung der Besichtigung anordnen bezw. erzwingen darf, hat das bürgerliche Gesetzbuch nicht zu entscheiden.

Gegenstand. Kein Grund liegt vor, mit einer für das gemeine Recht vertretenen Ansicht und einigen modernen Gesetzen den Anspruch nur in Ansehung beweglicher Sachen zu gewähren.

Verpflichteter. Neben dem Inhaber ist auch der Besitzer genannt. Letzterer erscheint, wenn er den Gewahrsam einem Anderen übertragen hat, welcher in seinem Namen detinirt und nach seinen Weisungen sich zu richten hat, als der zur Vorzeigung Verpflichtete.

Beweis. Anspruch und Interesse müssen erforderlichenfalls nach allgemeinen Grundsätzen bewiesen werden; die bloße Glaubhaftmachung, welche nach gemeinem Rechte ausreichend ist, genügt nicht. Ist aber der erforderliche Beweis des Interesses erbracht, dann hat der Richter nicht die Macht, nach seinem billigen Ermessen das Interesse für genügend oder nicht genügend zu erklären.

§ 775.

Anspruch auf Urkundenedition: Voraussetzung. Das geltende Recht enthält außerhalb der Prozeßgesetze nur zum Theil Bestimmungen über die Verpflichtung zur Urkundenedition[1]). Als Voraussetzung der Verpflichtung wird in den betreffenden Gesetzen neben einem (rechtlichen) Interesse des die Edition Verlangenden bald die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde, bald der Umstand aufgestellt, daß die Urkunde ein den Verlangenden berührendes Rechtsverhältniß betreffe oder in seinem Interesse aufgenommen worden sei[2]). Der Entwurf schließt sich an die Vorschriften der C. P. O. § 394 über die Editionspflicht eines nicht zu den prozeßführenden

---

[1]) Keine Bestimmungen enthalten das preuß. A. L. R. (vergl. preuß. A. G. O. I, 10 § 93), das österr. G. B., der code civil und das schweiz. Bd. Ges. Auch der hess. Entw. verweist auf die Prozeßgesetze.

[2]) Zür. G. B. §§ 1824, 1826; bayr. Entw. Art. 973—975; sächs. G. B. § 1566; dresd. Entw. Art. 1042. S. Windscheid § 474 Nr. 6.

Parteien gehörenden Dritten an. Die Anwendung dieser Vorschriften setzt das Schweben eines Rechtsstreites und eine richterliche Anordnung voraus, welche die Vorlegung der Urkunde behufs einer Beweisführung für erheblich erklärt. Sie passen auch für den Fall, wenn ein Prozeß nicht anhängig ist. Nur muß in einem solchen Falle an Stelle der erwähnten, die Interessenfrage lösenden gerichtlichen Anordnung das Vorhandensein und erforderlichenfalls der Beweis eines besonderen Interesses treten. Die Editionspflicht über die Vorschriften der C. P. O. hinaus zu erweitern, wäre aber aus den Gründen unstatthaft, welche bei der Berathung der C. P. O. nach wiederholter und umfassender Prüfung zu der aus der C. P. O. ersichtlichen Beschränkung der Editionspflicht bestimmt haben. Sollte die Vorschrift der C. P. O. § 387 Nr. 2, auf welche der entscheidende § 394 verweist, insofern eine Dunkelheit lassen, als zweifelhaft bliebe, ob auch diejenige Urkunde edirt werden müsse, welche nur im einseitigen Interesse des Editionssuchers errichtet ist, so kann diesem Zweifel bei der Revision der Prozeßordnung abgeholfen werden.

Umfang des Rechtes auf Einsicht,

Wenn in den Gesetzen zum Theil das Recht, die Einsicht einer Urkunde zu verlangen, auf denjenigen Theil der Urkunde beschränkt wird, welcher sich auf das Interesse des Berechtigten bezieht, so ist dies, soweit es als richtig anerkannt werden kann, auch selbstverständlich. Bedenklich wäre andererseits,

auf Abschrift.

dem Berechtigten allgemein die Befugniß beizulegen, Abschrift von der betreffenden Urkunde zu nehmen. Ob und in welchem Umfange Abschriften genommen oder Notizen gemacht werden dürfen, hängt von den Umständen des konkreten Falles ab, und läßt sich durch eine allgemeine Regel nicht entscheiden[1]).

Durch die Vorschriften der §§ 775, 776 werden übrigens die auf die Urkundenedition sich beziehenden Vorschriften des H. G. B., ingleichen alle sonstigen speziellen Vorschriften über die Edition von Urkunden nicht berührt[2]).

Nichterfüllung der Vorzeigungspflicht 2c.

Selbstverständlich hat derjenige, welcher der ihm durch das Gesetz auferlegten Pflicht der Vorzeigung (§ 774) oder der Einsichtgestattung (§ 775) nicht genügt, nach allgemeinen Grundsätzen das Interesse zu leisten, auch finden auf jene Verpflichtungen die Grundsätze über mora und culpa vor und während des Prozesses Anwendung. Die Vorschriften des § 244 passen jedoch schon nach ihrer Fassung auf die actio ad exhibendum und ad edendum nicht. Auch in Ansehung der Haftung desjenigen, qui dolo desiit possidere, muß es bei der Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze verbleiben, wonach der Verpflichtete nur im Arglistfalle verantwortlich ist (§ 705). Der Entwurf giebt hiernach in den bezeichneten Richtungen keine besondere Vorschrift[3]).

---

1) Vergl. sächs. G. B. § 1566 Satz 2; dresd. Entw. Art. 1043, bayr. Entw. Art. 976.

2) S. Entwurf §§ 643, 1435 Abs. 2, § 1939 Abs. 2, §§ 2107, 2126 Abs. 2. (Vergl. §§ 301, 462, 1109, Urkunde als Akzessorium des Rechtes).

3) Windscheid § 474 N. 15; zür. G. B. § 1822; dresd. Entw. Art. 1045.

§ 776.

Gefahr und Kosten.

Die Sachgemäßheit dieser Vorschrift liegt in Ansehung der Regelfälle auf der Hand. Die gleiche Vorschrift findet sich auch anderwärts[1]).

§ 777.

Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides.

Voraussetzung:

Im Anschlusse an geltendes Recht giebt der Entwurf eine allgemeine Vorschrift über die Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides. Ohne eine Vorschrift, welche ergiebt, unter welchen Voraussetzungen die Ableistung des Manifestationseides kraft der Bestimmungen des materiellen Zivilrechtes verlangt werden kann[2]), daß insbesondere derjenige, welcher zufolge einer dem materiellen Rechte angehörenden Rechtsnorm einen Inbegriff von Sachen oder Rechten ganz oder zu einem Bruchtheile herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffes Auskunft zu ertheilen verpflichtet ist, auch zur eidlichen Manifestation verpflichtet ist, wäre das Gesetzbuch unvollständig. Eine solche allgemeine materiellrechtliche Vorschrift ist, wie die erst aus Anlaß der Einführung der Reichsjustizgesetze in verschiedenen Staaten ergangenen Gesetze zeigen, ein dringendes praktisches Bedürfniß[3]). Die Regelung in diesen Gesetzen steht im Wesentlichen mit demjenigen im Einklange, was zur Zeit fast überall in Deutschland, mit Ausnahme des Gebietes des franz. Rechtes, geltendes Recht ist. Neben der allgemeinen Vorschrift des Entwurfes (§ 777) ist aber nicht nöthig, die Verpflichtung des Beauftragten (oder des negotiorum gestor) oder des Verwalters fremden Vermögens zur eidlichen Bestärkung der von ihm zu legenden Rechnung in größerem oder geringerem Umfange noch besonders zu bestimmen. Solche Ausdehnung der Manifestationspflicht entspräche weitaus nicht dem geltenden Rechte; sie harmonirte nur mit der im Gebiete des sächs. Rechtes und der in einigen gemeinrechtlichen Gebieten vorherrschenden Praxis[4]) oder mit noch geltenden älteren, aus einer Zeit stammenden Gesetzen, zu welcher die gemeinrechtliche Doktrin die Verpflichtung des Rechnungslegers zur eidlichen Bestärkung der Rechnung für zweifellos erachtet hat. Jene Ausdehnung enthielte eine durch praktische Rücksichten nicht gebotene Singularität. Dafür läßt sich namentlich nicht anführen, daß sonst der Berechtigte dem Rechenschaftsverpflichteten gegenüber wegen seiner mangelhaften Kenntniß des maßgebenden Sachverhaltes in einer schlimmen Lage sich befinde. Dieser Grund müßte, wenn er richtig wäre, zur Aufnahme des Eideszwanges in allen Fällen führen, in welchen die Verfolgung eines Rechtes von der Kenntniß solcher Thatsachen abhängt, von welchen nur der Gegner unterrichtet sein kann.

---

1) Vergl. zür. G. B. § 1821, sächs. G. B. § 1567, dresd. Entw. Art. 1044.

2) Vergl. C. P. O. §§ 711, 769, Einf. Ges. zur C. P. O. § 16 Nr. 3.

3) Bayr. Ausf. Ges. zur C. P. O. und Konk. O. vom 23. Februar 1879, Art. 85; württemb. Ausf. Ges. zur C. P. O. v. 18. August 1879, Art. 16; bad. Ges., betreffend die Einführung der Reichsjustizgesetze, v. 3. März 1879 §§ 34—36. S. preuß. A. G. O. I, 22 § 28.

4) S. sächs. G. B. §§ 1393—1396 und Siebenhaar, Jahrbuch § 427 S. 460.

Inbegriff. Unter Inbegriff versteht der Entwurf nicht blos eine sog. Sachgesammtheit, welche unter einem gemeinsamen Namen zusammengefaßt zu werden pflegt (z. B. Heerde, Bibliothek, Gutsinventar), sondern jede Mehrheit von Vermögensgegenständen, bei welcher der Berechtigte nach dem obwaltenden Verpflichtungsgrunde nicht in der Lage ist, die einzelnen Gegenstände zu bezeichnen. Eine mißverständliche Deutung ausschließlich in dem ersteren Sinne ist nicht zu besorgen, weil sie nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche unbegründet wäre und alle neueren Gesetze der fraglichen Ausdrucksweise sich bedienen, ohne daß sie das in Rede stehende Mißverständniß hervorgerufen haben.

Verpflichtung zur Herausgabe 2c. Die Manifestationspflicht ist geknüpft sowohl an die Verpflichtung, einen Inbegriff 2c. herauszugeben, d. h. zu tradiren oder zu restituiren, als auch an die Verpflichtung, über den Bestand eines solchen Inbegriffes Auskunft zu ertheilen[1]). Die Beschränkung der Manifestationspflicht nur auf den einen oder anderen Fall ließe im Widerspruche mit dem in den meisten und größten Rechtsgebieten geltenden Rechte bedenkliche Lücken. Wo hiernach die eine oder andere Verpflichtung als eine zivilrechtliche aus dem Gesetze sich ergiebt, ist die Verpflichtung zur eidlichen Manifestation damit verbunden.

Erbieten anderweiten Beweises. Dem Manifestationspflichtigen ist gegen den Anspruch auf eidliche Manifestation nicht die Einrede nachgelassen, er sei zur Eidesleistung deshalb nicht verpflichtet, weil er die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner bisherigen Angabe zu beweisen vermöge und zu beweisen sich erbiete. Die Zulassung einer solchen Einrede würde nicht selten dem Zwecke der eidlichen Manifestation geradezu widerstreben und außerdem in der Praxis mancherlei Streitigkeiten und Weiterungen nach sich ziehen. Die Vorschrift des § 411 der C. P. O. kann, weil sie einen ganz anderen Fall betrifft, für die Zulassung jener Einrede nicht angeführt werden.

Berechtigter; Berechtigt, die Ableistung des Offenbarungseides zu fordern, ist nur derjenige, welcher die Herausgabe oder die Auskunftsertheilung zu fordern berechtigt ist, hiernach nicht außerdem Jeder, welcher überhaupt ein rechtliches Interesse an der Ableistung des Eides nachweist (dagegen württemb. und bad. Verpflichteter. Ges.). Verpflichtet ist der Herausgabe- bezw. Auskunftspflichtige. Die Manifestationspflicht ist ferner nicht abhängig vom Vorhandensein des Verdachtes einer Verheimlichung seitens des Schuldners. Es ist also der Nachweis eines solchen Verdachtes durch den Berechtigten nicht erforderlich (anders württemb. und bad. Ges.).

Inhalt der Verpflichtung. Die Verpflichtung geht auf Vorlegung eines Verzeichnisses des Bestandes des Inbegriffes und auf Leistung des Manifestationseides (vergl. C. P. O. § 711). Den Eid lediglich auf mündliche Angaben richten zu lassen, wäre im Hinblicke auf die Unsicherheit des gesprochenen Wortes weder angemessen, noch entspräche es dem Interesse der Betheiligten.

Verjährung des Anspruches. Die Manifestationspflicht in den im § 777 bezeichneten Fällen ist, wie bemerkt, eine materiellrechtliche und muß, wie jede andere Verbindlichkeit, bei Verweigerung der Erfüllung des darauf gerichteten Anspruches im Klagewege verfolgt werden. Die Bestimmung einer besonderen kurzen Verjährung des

[1]) S. z. B. §§ 1974, 2074, 2082.

Anspruches (vergl. württemb. Gesetz) empfiehlt sich bei der Mannigfaltigkeit der einschlagenden Fälle nicht.

Ableistung des Eides.

Die Befriedigung des Manifestationsanspruches ist ohne gerichtliche Mitwirkung nicht möglich, weder in dem Falle, wenn der Schuldner zur Leistung des Eides verurtheilt ist, noch dann, wenn er dem Verlangen des Berechtigten gemäß sich ohne Prozeß zur Ableistung bereit erklärt oder die Parteien sich hierauf geeinigt haben. Auch letzterenfalls muß der Eid als ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit abgenommen werden. Der Entwurf erklärt auf die Abnahme des Eides die Vorschriften der §§ 440—446, sowie der §§ 780, 781 Abs. 1, § 783 der C. P. O. für anwendbar mit der sachentsprechenden Maßgabe, daß die Ladung zu dem für die Abnahme des Eides zu bestimmenden Termine (C. P. O. § 781 Abs. 1) auch von dem Verpflichteten erfolgen kann. Erhebt der Verpflichtete Einwendungen gegen die Verpflichtung, so werden die Parteien zum Prozesse verwiesen. Liegt dagegen auf Grund eines solchen bereits eine rechtskräftige Verurtheilung des Verpflichteten zur Ableistung des Offenbarungseides vor, so handelt es sich um das Vollstreckungsverfahren (vergl. § 774 Abs. 1, § 776, § 783 der C. P. O.).

Folgen der Nichtleistung.

Ueber die Folgen der Nichtleistung des Offenbarungseides ist in § 777 nichts bestimmt. Soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt (s. § 2142), ist der Gläubiger auf die Geltendmachung seines Interesses beschränkt. Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Druck der Norddeutschen Buchdruckerei, Berlin, Wilhelmstraße 32.

[V]erlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin und Leipzig.

Die Preußischen Gesetze

über

Grundeigenthum und Hypothekenrecht

vom 5. Mai 1872.

Mit Einleitung und Kommentar in Anmerkungen

herausgegeben von

Alexander Achilles,

Oberlandesgerichts-Rath.

Dritte, vermehrte und verbesserte Auflage.

Lex. 8⁰. 12 M., gebunden 14 M.

Die preußische Stempelgesetzgebung

für die

alten und neuen Landestheile.

Kommentar für den praktischen Gebrauch

früher herausgegeben von

Hoyer,

Geheimer Regierungsrath und Stempelfiskal.

Neu bearbeitet und bis auf die Gegenwart fortgeführt

von

Gaupp,

Geheimer Regierungsrath und Stempelfiskal in Berlin.

Vierte, vermehrte und verbesserte Auflage.

Lex. 8⁰. 20 M., gebunden 22 M. 50 Pf.

Das preußische Gesetz,

betreffend die

Zwangsvollstreckung

in das unbewegliche Vermögen

vom 13. Juli 1883

nebst

dem Gesetze betreffend die Gerichtskosten bei Zwangsversteigerungen und Zwangsverwaltungen von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens vom 18. Juli 1883 und einem Anhange betreffend die Gebühren der Rechtsanwälte in diesen Fällen, sowie den Bestimmungen über freiwillige Subhastationen

herausgegeben

mit Einleitung, Kommentar in Anmerkungen, Mustern zur Feststellung des geringsten Gebots und zum Theilungsplan, sowie Kostentabellen

von

Dr. J. Krech, Kais. Geheimer Regierungsrath in Berlin,

und

Dr. O. Fischer, o. ö. Professor der Rechte in Greifswald.

Zweite, bis auf die neueste Zeit fortgeführte Ausgabe.

Gr. 8⁰. 10 M., gebunden 12 M.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin und Leipzig.

Demnächst erscheinen in unserem Verlage:

Beiträge
zur Erläuterung und Beurtheilung
des Entwurfes
eines
Bürgerlichen Gesetzbuches
für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung
von
Dr. J. Fr. Behrend, Reichsgerichtsrath, Dr. F. Bernhöft, Professor in Rostock, Dr. E. Eck, Professor in Berlin, Dr. O. F. Gierke, Geheimer Hofrath und Professor in Berlin, Dr. R. Koch, Vizepräsident des Reichsbankdirektoriums, Dr. J. Krech, Kaiserl. Geheimer Regierungsrath in Berlin, Dr. F. E. von Liszt, Professor in Marburg, E. Meischeider, Reichsgerichtsrath, Dr. J. Petersen, Reichsgerichtsrath, Dr. R. Schröder, Geheimer Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. L. Seuffert, Professor in Erlangen, F. Vierhaus, Oberlandesgerichtsrath in Kassel, Dr. E. Zitelmann, Professor in Bonn

herausgegeben
von
E. I. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und **O. Fischer**, Professor in Greifswald.

Die einzelnen Beiträge werden in zwanglosen Heften erscheinen, von denen ein jedes, im Preise von 2—3 *M*, ein in sich abgeschlossenes Ganzes bildet.

Das erste Heft enthält eine eingehende Geschichte des Entwurfes. Die weiteren Hefte werden Besprechungen bringen, welche entweder den Entwurf im Ganzen von bestimmten Gesichtspunkten aus einer Betrachtung unterziehen, oder einzelne, der praktischen oder theoretischen Wirksamkeit des Verfassers besonders nahe liegende Gebiete des Entwurfes erläutern und beurtheilen.

Bestellungen nimmt schon jetzt jede Buchhandlung, sowie die Verlagshandlung entgegen.

Druck der Norddeutschen Buchdruckerei, Berlin, Wilhelmstr. 32.

[illegible]

MAX LUBER
C. HÄUSLER's NACHF.
BUCHBINDEREI

C R.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

Bd.: 2

Berlin [u.a.] 1888

J.germ. 1512 b-3,2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11633862-5